UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT FRANÇAIS

A RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS

PAR LES

FAITS DE GUERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1913, à 4 heures

PAR

HENRI DE VAULX

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants : MM. CARRÉ DE MALBERG, *professeur.*
RENARD, *Chargé de Cours.*

VERDUN
LIBRAIRIE HUGUET
RUE MAZEL
—
1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

50248

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT FRANÇAIS

A RAISON DES DOMMAGES CAUSÉS

PAR LES

FAITS DE GUERRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1913, à 4 heures

PAR

HENRI DE VAULX

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Président : M. ROLLAND, *professeur.*

Suffragants : MM. CARRÉ DE MALBERG, *professeur.*
RENARD, *Chargé de Cours.*

VERDUN
LIBRAIRIE HUGUET
RUE MAZEL
—
1913

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. BINET, I. ✠.

Doyen honoraire et Professeur honoraire : M. BLONDEL, ✠, I ✠.

Professeurs honoraires : MM. MAY, ✠, I. ✠, et BEAUCHET, I. ✠.

MM. BINET. I. ✠, Professeur de Code civil et chargé du Cours d'Engistrement, Doyen.

GARNIER, I. ✠, Professeur d'Économie politique et chargé du Cours de Législation financière.

BOURCART, ✠, I. ✠, Professeur de Droit commercial et Chargé d'un Cours de Droit commercial (Licence).

GAVET, I. ✠, Professeur d'Histoire du Droit, Chargé du Cours d'Histoire du Droit privé et du Cours d'Histoire du Droit et des Institutions juridiques de l'Est.

CHRÉTIEN, I. ✠, Professeur de Droit international public et privé e Chargé du Cours de Droit international public (Doctorat).

CARRÉ DE MALBERG, I. ✠, Professeur de Droit public et constitutionnel et Chargé des Cours de Droit public (Licence) et de Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat).

GÉNY, I. ✠, Professeur de Code civil, et Chargé du Cours de Droit civil approfondi (Doctorat).

MICHON, I, ✠, Professeur de Droit romain et Chargé du Cours d'Histoire du Droit public et du Cours de Pandectes.

BROCARD, (✠ A), Professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques (Doctorat) et Chargé d'un Cours d'Économie politique (Licence).

ROLLAND. (✠ A), Professeur de Droit administratif et Chargé d'un Cours de Droit administratif (Doctorat), et d'un Cours de Législation et Economie coloniales.

SENN, (✠ A), Professeur de Droit romain et Chargé d'un Cours de Législation industrielle (Licence).

NAST, Agrégé. Chargé du Cours de Droit criminel, d'un Cours de Droit naturel et d'un Cours d'Éléments de Droit civil (Capacité).

MOREL, Agrégé et Chargé d'un Cours de Droit civil.

OUDINOT, Docteur en Droit, Chargé d'un Cours de Procédure civile et de Voies d'exécution.

SIMONNET, (✠ A), Docteur en Droit, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit civil (Capacité).

RENARD, (✠ A), Docteur en Droit, Chargé d'un Cours d'Eléments de Droit public et administratif (Capacité).

MELIN, (✠ A). Docteur en Droit, Chargé du Cours de Science sociale.

ROVEL, I. ✠, Docteur en Droit, Secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

PRÉFACE

Parmi les constructions juridiques issues des nécessités pratiques, des décisions jurisprudentielles et des systèmes de la doctrine, la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique est une des plus remarquables, et les problèmes qui peuvent s'y rattacher présentent à l'étude un intérêt tout particulier. C'est que depuis les origines de l'organisation administrative nouvelle, cette idée de responsabitité, exceptionnelle tout d'abord, est arrivée par une évolution, lente peut-être mais incontestable, à dominer presque toutes les matières sur lesquelles s'exerce l'activité de la puissance publique.

Nous disons " presque toutes " car, à l'heure actuelle, il est encore un certain nombre d'opérations des services publics (nombre très petit à la vérité) dont les conséquences, pour des raisons que nous croyons fondées beaucoup plus sur la force de la tradition historique que sur l'autorité des principes juridiques, échappent à ce principe. Les dommages causés par les faits de guerre sont incontestablement de cette catégorie.

Cette exception à la tendance générale nous avait frappé. Nous la comprenions d'autant moins que, ayant été séduit, au cours de l'étude des fondements de la responsabilité de la puissance publique, par la théorie très claire et très attrayante de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques, nous ne trouvions, dans la jurisprudence ni la doctrine, au-

cune bonne raison pour que les charges résultant des ravages de la guerre, ne fussent, les hostilités terminées, réparties également entre tous les citoyens, au moyen d'une indemnité intégrale procurée aux victimes, par le trésor public alimenté des contributions de tous. C'est dans cet état d'esprit que nous conçûmes le plan primitif du travail que nous présentons aujourd'hui.

Cependant, l'attrait que nous offrait le principe de l'égalité devant les charges s'atténua fortement à la suite d'un examen plus sérieux des diverses doctrines, et, ainsi qu'on le verra plus loin, nous avons cessé de l'adopter comme base de la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique.

Malgré cela, les raisons que nous avions de suspecter la valeur de l'idée d'irresponsabilité de l'Etat, à raison des dommages causés par les faits de guerre, subsistaient. Aussi résolûmes-nous de continuer notre étude, d'analyser cette idée, sa portée d'après les arrêts spéciaux, les fondements qui lui assignaient les doctrines particulières, et de voir si, vraiment, de cette analyse se dégageaient de sérieuses objections juridiques contre l'application à ces dommages, des règles pratiques issues de l'évolution de l'idée générale de responsabilité à raison du fonctionnement des services publics.

Mais avant d'aborder la réalisation même de notre travail, il nous paraît bon de préciser le plan général dont nous nous inspirerons, et d'indiquer dans les grandes lignes les matières que nous écarterons de notre étude (car il faut savoir nous borner), et celles que nous traiterons.

Tout d'abord nous pensons ne point devoir étudier

la question de compétence. Il nous est apparu, en effet au cours des lectures que nous avons été amené, à faire dans la préparation de notre travail, que, dans la majorité des cas, cette question de compétence avait beaucoup obscurci la position du problème du fondement de la responsabilité et la solution qu'on y apporta, choses qui cependant nous importent seules. D'ailleurs, en ce qui nous concerne, nous admettons la compétence de droit commun du Conseil d'Etat, car nous verrons que les faits de guerre ne sont, somme toute, que des faits d'exécution d'opérations administratives. La compétence judiciaire ne doit, à notre avis, intervenir en cette matière que dans les limites où elle est imposée : par la loi, comme par exemple : en cas de dommages causés par les travaux de défense des places fortes (loi du 8-10 Juillet 1791), en cas d'indemnités réclamées à raison d'opérations de réquisitions (loi de 1877 modifiée en 1890-1898-1901-1906 et 1911) ; ou par la théorie de la voie de fait (spécialement ici atteinte au droit de propriété).

Nous mettons aussi, dès ce moment, hors du champ de notre étude la question des réquisitions militaires que, comme on le verra, la jurisprudence n'a jamais comprises dans le concept de fait de guerre. Pour la même raison, nous n'envisagerons point le problème de l'indemnité à raison des dommages causés aux personnes au cours des opérations de guerre. Autrement, nous serions amené à sortir de notre sujet pour aboutir à la question, très intéressante à coup sûr mais trop complexe, du contentieux de la pension.

Ces trois points écartés, nous nous cantonnerons

dans l'étude des solutions de la jurisprudence en face des réclamations basées sur les dommages aux biens, issus de la lutte ou des nécessités immédiates de la lutte, ce qui correspond à l'idée traditionnelle du Fait de Guerre proprement dit. *Nous chercherons ce qu'il faut penser : de l'affirmation que ces dommages ne peuvent donner lieu à indemnité par la voie contentieuse — des explications de cette solution, données par les auteurs, et basées sur la nature gouvernementale, ou de force majeure que présenteraient ces faits. Nous nous efforcerons d'établir la nature véritable du fait de guerre, de poser et de résoudre la question de savoir et si les dommages résultant de ces faits ne sont point susceptibles d'être régis par les principes généraux de la responsabilité de l'Etat.*

Nous répartirons ces matières de la façon suivante : en une introduction, nous verrons dans ses grandes lignes, l'évolution jurisprudentielle quant aux principes généraux de la responsabilité de la puissance publique, et les divers systèmes qui en sont résultés. Nous nous efforcerons de dégager les raisons en vertu desquelles cette responsabilité est admise en pratique, et les hypothèses où elle s'applique. — Nous passerons ensuite au corps même de notre sujet : " la responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre ". — Le premier chapitre comprendra l'exposé : des solutions jurisprudentielles et législatives données au problème de 1791 à nos jours, de la compréhension du concept de fait de guerre ; et l'énoncé des théories de l'irresponsabilité à raison de ces faits. — Le second et le troisième chapitre seront consacrés à l'étude critique de ces théories. — Enfin,

en un quatrième, nous réunirons les idées que l'examen critique des systèmes proposés nous aura suggérées et nous essaierons, en guise de conclusion, l'esquisse d'une théorie spéciale de responsabilité, théorie inspirée des principes généraux.

En cette étude, nous n'avons la prétention de construire aucune théorie nouvelle et à proprement parler originale, nous sommes seulement animé du désir de noter quelques réflexions qui nous ont été inspirées par l'étude des questions de la responsabilité de l'Etat et des faits de guerre ; à travers les théories d'auteurs qui sont nos maîtres, heureux si, évitant les erreurs grossières, nous avons pu aboutir à une solution raisonnable et conforme à la justice.

INTRODUCTION

En même temps qu'il proclamait la souveraineté nationale et l'inviolabilité de la propriété privée, en ces déclarations des droits qu'il considérait comme la préface nécessaire de toute loi constitutionnelle (1), le législateur révolutionnaire constatait la nécessité d'une collaboration de l'individu au fonctionnement des services publics par l'acceptation de certaines charges. Il lui sembla bon, toutefois de les déterminer par une nouvelle disposition très générale et c'est pourquoi il incorpora dans ces déclarations la règle d'une contribution individuelle nécessaire et le principe de sa répartition entre tous les citoyens en raison de leurs facultés.

Mais à côté de cette participation directe, par l'impôt, à la gestion de la chose publique, il apparut bientôt que le fonctionnement des services publics était, pour les individus, source de charges indirectes se présentant la plupart du temps sous la forme de lésion d'un droit privé.

Sur qui, en définitive, devait en retomber le poids ?... Sur l'individu victime ou sur l'Etat auteur de la lésion ?...

Ainsi se posa la question de la Responsabilité de l'Etat. Nous allons nous efforcer d'apercevoir comment elle fut résolue dans la pratique et comment on peut justifier ou expliquer ces résolutions :

(1) Voir en tête des Constitutions du 3-4 Septembre 1791, 5 Fructidor, an III etc.

Exposé sommaire et critique de la tendance jurisprudentielle et des essais doctrinaux en matière de Responsabilité de l'Etat.

La Responsabilité de l'Etat n'a pas trouvé dans la législation une réglementation générale. Si tout d'abord, le législateur compensa certaines atteintes plus flagrantes aux droits individuels au moyen d'une réparation pécuniaire, s'il réglementa par exemple l'expropriation pour cause d'utilité publique (1), s'il posa le principe de l'indemnité pour les dommages causés aux propriétaires par les travaux publics (2) ; sous la poussée des idées traditionnelles d'autorité, qui, de la royauté de droit divin étaient subconsciemment passées dans la pratique de la souveraineté populaire, sous l'influence des difficultés que rencontrèrent les administrateurs à régler la marche des mécanismes nouveaux ; son activité s'arrêta aux hypothèses spéciales (3) et aucun texte général ne vint établir les règles et limites de la Responsabilité.

Section I. — Jurisprudence.

En l'absence de lois générales, imbus des idées individualistes qui faisaient le fond des théories révolutionnaires et obéissant à la tendance naturelle à tout être de

(1) et (2) L des 7-11 septembre 1790 « en matière de contributions de travaux publics, etc... » — 28 pluviose an VIII sur l'administration. — 16 sept. 1807 sur le desséchement des marais. — Art. 545 c. civ. — Loi du 3 mars 1810 sur l'expropriation. — Sur ce même objet : Loi du 7 juillet 1833. — Loi du 3 mai 1841.

(3) De nombreuses lois spéciales sont venues réglementer ou limiter la responsabilité, nous ne pouvons les citer toutes ; cependant nous aurons l'occasion de retrouver dans le cours de notre étude : la loi du 8-10 juillet 1791 sur les places de guerre. — Les lois sur les réquisitions militaires du 3 juillet 1877 modifiées par les lois du 5 mars 1890 ; 17 juillet 1898 ; 17 avril 1901 ; 27 mars 1906 ; 23 juillet 1911, etc.

défendre sa vie ou les moyens dont il dispose pour vivre ; les particuliers s'efforcèrent cependant de sauvegarder leurs droits. Ils s'adressèrent aux juridictions pour les faire reconnaître et obtenir indemnité.

C'est donc de la jurisprudence que nous devons essayer de dégager les principes généraux qui furent employés à la solution du problème.

Mais ce n'est point dans les arrêts primitifs qu'il faut rechercher les tendances jurisprudentielles car la question du fondement de la responsabilité, et de son étendue est alors submergée par les discussions préjudicielles relatives à la compétence.

En effet, les tribunaux judiciaires affirmaient que : « l'Etat représenté par les différentes branches de l'Administration publique, est passible de condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu. (1)

La cour de Cassation se reconnaissait alors une compétence générale « pour statuer sur toutes les réparations de dommages causés par le fait d'autrui, sa négligence, son imprudence ou l'inobservation des règlements (2) » sans égard au fait que l'auteur du dommage est fonctionnaire, ni à celui que l'action peut se réfléchir contre l'Administration.

De son côté le Conseil d'Etat s'élevait énergiquement contre ces prétentions, considérant : « que les fonctions judiciaires sont distinctes et doivent demeurer toujours séparées des fonctions administratives ».., que les rapports, les droits et les obligations qui s'établissent entre l'Etat, ses agents et les particuliers à l'occasion des services publics « ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont

(1) Cass. 1er avril 1845 (Depeyre). — D. 45. I. 263.
(2) Cass. 19 décembre 1854. — D. 55. I. 38. (Ve Brun).

de particulier à particulier... » — « Considérant enfin que si le code de procédure civile a réglé les formes suivant lesquelles l'Etat serait assigné devant les Tribunaux civils, ces dispositions relatives soit aux instances domaniales, soit à celles pour lesquelles l'Etat a, par des lois spéciales, été renvoyé devant l'autorité judiciaire n'ont eu pour but ni pour effet d'attribuer à l'autorité judiciaire une compétence générale et d'enlever à l'autorité administrative la connaissance des questions contentieuses qui lui appartiennent. » (1).

Nous ne nous attarderons pas, malgré l'intérêt que cela présente, à étudier le développement et l'évolution de cette divergence. Cela risquerait d'allonger outre mesure notre exposé relatif seulement au fondement de la Responsabilité. Nous nous bornerons à noter que le Tribunal des conflits donna raison au Conseil d'Etat (2) et que dans la suite il retrancha même du domaine de la compétence judiciaire, la juridiction qu'elle s'était attribuée en matière de responsabilité des services publics décentralisés : départements et communes. (3).

Maintenant les trois juridictions sont d'accord pour admettre que : « Les tribunaux civils ne peuvent connaître des actions en responsabilité formées contre l'Etat à raison du fait de ses agents, que dans le cas où la connaissance leur en aurait été spécialement attribuée par la loi » (4).

(1) C. D. E. 6 décembre 1855. (Rotschild). — S. 56. 2. 508.

(2) Confl. 8 février 1873 (Blanco). — D. 73. 3. 20. — S. 73. 2. 153.

(3) C. D. E. 6 février 1903. (Terrier). — D. 04. 3. 65. — S. 03. 3. 25. — Confl. 29 février 1908. — (Feutry) — D. 08 3. 49. et 11 avril 1908. 4 arrêts (De Fonscolombe, Rouard, Olive, Consorts Petit-Bergonz). Leb. p. 448.

(4) Conflits. — 1er mai 1875 (Colin). D. 76. 3. 50. — 20 déc. 1884 (Maillé) S. 86. 3. 43.— 15 fév. 1890 (Pieri). S. 93. 3. 73.— 10 mai 1890 (Commune d'Uvernet) S. 92. 3. 105. — 20 nov. 1890 (Boutes et Bru

Dégagée de cette question de compétence, la jurisprudence parait plus nette et s'il ne ressort point des arrêts l'adoption d'une théorie générale, on peut cependant y noter une tendance extensive continue.

Tout d'abord, se basant sur les textes épars, elle avait admis la Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés aux propriétés par les travaux publics. Puis constatant les effets dommageables de l'activité d'autres services publics, elle étendit le principe de l'indemnité en dehors des hypothèses régies par les lois. Le voisinage et le fonctionnement des champs de tir fournirent à son évolution un champ très vaste. (1) Quittant ensuite l'hypothèse du dommage causé aux biens, la Jurisprudence appliqua son esprit notaveur aux accidents de personnes (2).

Toutefois, dans ces hypothèses, il n'y avait vraiment responsabilité que pour ce qu'en doctrine on appelait les « actes de gestion ». — A raison des actes d'autorité l'irresponsabilité était la règle. Quelque dommage qu'il fut résulté, par exemple : d'une mesure de police ou d'un acte relatif à la situation d'un fonctionnaire, le Conseil d'Etat déniait tout recours en responsabilité. (3) Petit à

niquel) S. 92. 3. 147. — 2 juillet 1904 (Tronc). Leb. p. 529.— 10 juillet 1907 (Gillet) S. 1909. 3. 49. — etc...

Conseil d'Etat. — 6 déc. 1895 (Chenal). Leb. p. 795.

Cour de Cass. — 17 mars 1884 (L'Etat contre Gelyot) S. 84. 1. 224. — 26 déc. 1899 (Direction des Domaines de l'Algérie c. Maudon) S. 1900. 1. 504.— 3 juillet 1905 (Administration des domaines. C. Tissot) S. 1906. 1. 41.

(1) Parmi les arrêts les plus récents : 7 juin 1907 (Devaux et Aguillon) Leb. p. 525. — 2h déc. 1908 (Perreau de Chaban) Leb. p. 1097. — M. Tessier dans « La Responsabilité de la Puissance publique » N° 67 cite de très nombreux arrêts plus anciens.

(2) Les arrêts Blanco, Depeyre et Brun ci-dessous notés sont relatifs à des accidents de personnes.

(3) Cf. rel^{t}. aux fonctionnaires C. D. E. 27 Janv. 1893 (Laruelle) D. 1894. 3.22. — rel^{t}. aux mesures de police : 24 juin 1882 (Larbaud) D. 84. 3.2. — 12 Décembre 1884 (Puech) D. 86.3.54. — 13 Janv. 1899 (Lepreux) S.1900.3.1.

petit la Jurisprudence atténua sur ce chapitre, sa rigueur primitive. Lorsque sous les apparences de mesure de police, se cachait un acte destiné à favoriser les intérêts financiers ou domaniaux de l'Etat, l'indemnité était admise (1). Ensuite la brèche s'élargit, car la distinction entre les deux sortes d'actes n'était que factice. Parmi les actes d'autorité et au nombre des plus fèconds en préjudices, on distingua d'abord les actes relatifs à la police ports et de nombreux arrêts admirent la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par suite des indications ou des ordres des officiers chargés de cette police (2). Il en fut de même pour certaines conséquences : de l'activité du service des Ponts-et-Chaussées (3), d'une délimitation illégale du domaine public (4), de sanctions disciplinaires prises contre un sous-officier (5), du licenciement anticipé de soldats mercenaires (6), d'une suppression d'emploi (7), d'actes de police (8), ou de manœuvres mititaires commandées (9).

Cette application du principe de l'indemnité dans le domaine autrefois si jaloussement fermé des actes de « pure administration » (comme l'on disait parfois) montre très clairement la tendance qui pousse aujourd'hui à généraliser la Responsabilité de l'Etat.

(1) C. D. E. 26 Nov. 1875. (Laumonnier Carriol) Leb. 934.

(2) 11 août 1861 (Glass et Elliot) S. 62.2.570. — 30 mars 1867 (Georges) S.682.1.28. — 18 avr. 1902 (Brugalais) S.05.3.25. — 2 Mai 1890 (Thue Johnsen etc...) Leb. 1890 p. 442. — 22 mars 1907 (Fournier) Leb. p. 292. — (Desplanches) p. 293.

(3) 11 Janv. 1899 (Sté des céramiques de Boulogne-sur-Mer) S. 1901. 3.68. — 11 Déc. 1903 (suite de l'affaire précédente) Leb. 1903. p, 777.

(4) 27 Fév. 1903. (Olivier et Zimmermann). S.1905.3.1.

(5) 29 Mai 1903 (Le Berre) Leb. 414. S.04.3.121.

(6) 19 Nov. 1909 (Zeïlabadine) S. 1910. 3. 1.

(7) 11 Déc. 1903. (Villenave) Leb. 707. S. 04. 3. 121,

(8) 10 fév. 1905 (Tomaso Gréco) Leb. 139. — S. 05. 3. 113.

(9) 17 Fév. 1905 (Auxerre) S. 05. 3. 114.

Section II. — Doctrine.

Si la tendance extensive de la Jurisprudence est facile à constater, les principes sur lesquels elle s'établit, et les idées qui la guidèrent nous paraissent beaucoup moins évidentes. Peut-être l'étude des principales doctrines qui se sont essayées à dégager, en quelque sorte, les règles du " droit commun " de la responsabilité, pourra-t-elle nous satisfaire.

I. — Théorie Civiliste

De même qu'au sujet de la question de compétence, les tribunaux judiciaires avaient tout d'abord revendiqué la connaissance des questions relatives à la responsabilite de l'Etat, de même, lorsqu'il s'agit de trouver la base et les limites des indemnités auxquelles donneraient lieu les dommages causés par les services publics, vit-on les auteurs de droit civil, à la suite de la Cour de Cassation, soumettre les administrations publiques aux articles 1382 ou 1384 et suivants du Code Civil, comme au droit commun de la responsabilité (1). A l'heure actuelle il est encore des auteurs de droit administratif, Messieurs Berthelemy (2 et Michoud (3) qui, en dépit de la jurisprudence, conservent leurs préférences à cette doctrine.

(1) Sourdat. — Traité de la Responsabiliié nos 1304 et suiv. — Laurent. — Principes de droit civil français. T. XX, No 593 et suiv.

(2) Berthelemy. — Traité élémentaire de dr. admin., 6e édition, page 71 et suivantes.

(3) Michoud. — Revue de droit public. — 1895, T. III, p. 401. T. IV, p. 250.—Traité de la Personnalité morale. T. II, p. 257 et suivantes. Nous considérons M. Michoud comme partisan de la théorie civiliste, car les articles, qu'en 1895 il publia dans la revue de droit public, en sont manifestement inspirés. L'auteur admet, en effet, la distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion. Il recourt, pour régler la responsabilité de l'Etat à raison des fautes commises par ses agents dans l'accomplissement des actes de gestion, aux dispositions du Code civil : « Il (l'Etat) est soumis à ces règles, dit-il,

Ces auteurs, analysant la nature de l'Etat, y trouvent à la fois un organisme doué de prérogatives souveraines, et une personne juridique titulaire d'un patrimoine : un « Etat-puissance » et un « Etat-personne ». L'Etat-puissance fait des actes d'autorité « qui n'impliquent pas, dit Monsieur Berthelémy, l'existence d'une personne juridique au nom de laquelle ils sont faits » (1), tandis que l'Etat-personne accomplit des actes semblables à ceux de toute autre personne juridique dans la gestion de son patrimoine. « Tout acte de gestion, dit encore le même auteur, a pour objet ou pour résultat de conserver, de diminuer, ou d'augmenter un patrimoine ; or, il n'y a pas de patrimoine sans propriétaire, puisque, par définition même, un patrimoine n'est que l'ensemble des rapports juridiques entre une personne et les biens qui lui appartiennent. Les actes de gestion apparaissent ainsi comme ceux que font les administrateurs par représentation des personnes morales administratives. » (2)

La conclusion logique de cette théorie est la suivante :

toutes les fois qu'il fait acte de gestion, alors même que cette gestion a pour objet, non son patrimoine privé, mais un véritable service public. Il n'y est soustrait que lorsqu'il fait, à proprement parler, acte d'autorité, acte de puissance publique, et dans ce cas il n'encourt de responsabilité pécuniaire que lorsqu'elle est mise à sa charge par un texte spécial. » (p. 406).

Nous devons toutefois noter que, dès ce moment, Monsieur Michoud faisait des vœux pour la limitation du principe général de l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de puissance publique, au moyen de dérogations apportées par le législateur et d'une détermination plus précise de ses limites par les auteurs.

Lorsque plus tard il écrivit son traité de la personnalité morale, Messieurs Teissier et Tirard avaient établi leur principe de droit public de l'Egalité de tous les citoyens devant les charges publiques. M. Michoud s'y rallia.

Actuellement donc, sa théorie de la responsabilité de l'Etat est une théorie mixte : civiliste quant à la responsabilité à raison des actes de gestion, — de droit public quant à celle résultant des actes d'autorité. C'est pourquoi nous citons ici M. Michoud, nous réservant de voir, avec les théories de droit public, ses idées relativement à la responsabilité à raison des actes d'autorité.

(1) Berthélémy. — op. cit. p. 39.

(2) Berthélémy. — op. cit. p. 38.

Pour ce qui est des actes d'autorité, l'Etat est irresponsable en vertu de sa souveraineté ; quant aux actes de gestion, puisqu'ils sont semblables à ceux qu'accomplissent les personnes de droit privé, le patrimoine administratif en répondra, soit en vertu de l'article 1382 du Code Civil, soit en vertu de l'article 1384, selon que l'on considérera les fonctionnaires comme des organes ou des préposés de l'Etat.

De toute façon l'Etat ne sera déclaré responsable que si la victime du dommage peut prouver une faute de l'organe ou du préposé.

Quoique digne d'attention, et par l'autorité des auteurs qui le soutiennent, et par l'heureuse harmonie qui fait découler de la distinction fondamentale, entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion, des théories symétriques quant à la compétence des tribunaux qui en doivent connaître, à la situation des fonctionnaires qui les accomplissent, à la nature juridique des liens qui unit ces agents à l'Etat, et aux principes de droit public ou de droit privé, auxquels ils sont soumis ; ce système de droit civil a été repoussé par la jurisprudence. En même temps qu'il confirmait le conseil d'Etat dans ses prétentions quant à la compétence, l'arrêt Blanco, que nous avons déjà cité, disait : « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics ne peut-être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier » ; c'est que, en effet, l'application à l'Etat des textes du Code Civil est loin d'échapper aux critiques très sérieuses qui lui furent faites.

Nous ne retiendrons pas le premier argument que Monsieur Laferrière tirait du texte des articles du Code Civil (1) en disant que les termes : homme, commettant,

(1) Laferrière. — La Jurisprudence administrative. 2me édition. Tome II p. 155 et s. 183 et s.

maitre, préposé, domestique, qui y sont contenus « ne visent que des rapports de droit privé entre personnes privées et non les rapports de l'Etat avec ceux qui sont investis d'une partie de la puissance publique afin de concourir à l'intérêt général ; car Monsieur Laferrière admet que l'Etat est une personne juridique, et personne ne conteste que ces termes, que relève l'auteur, s'appliquent aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques. (1)

Plus sérieuse, à notre avis, est l'opinion qui repousse les règles du Code Civil en disant qu'une telle application à l'Etat dépasserait les limites que les auteurs du Code avaient prévues pour le domaine de leur législation. « Jamais, écrit à ce sujet Monsieur Laferrière, les auteurs du Code n'ont pensé que la question put même se poser sur ces textes » (2) et M. Tirard pense de même que les législateurs voulaient en rédigeant le code civil faire du droit privé applicable aux administrations seulement en vertu d'un texte exprès et que d'ailleurs en 1804 la jurisprudence révolutionnaire et celle du Conseil d'Etat considéraient la responsabilité de l'Etat comme question d'ordre administratif (3). Il nous semble en effet qu'une telle idée est assez en harmonie : avec la tendance générale, qu'avaient les législateurs de cette époque, à défendre les administrations contre les empiétements possibles du pouvoir judiciaire ; et surtout avec l'esprit nettement individualiste du Code. Nous nous étonnerions d'ailleurs avec Monsieur Hauriou (4) de voir l'activité de l'Etat soumise aux règles ordinaires faites pour régir les rapports

(1) cf. en se sens. — Berthélemy. op. cit. p. 74, note 2. — Tirard « De la Responsabilité de la puissance publique. » Thèse Paris 1906, p. 40 et 41.

(2) Laferrière. — op. cit. — T. I, p. 678.

(3) Tirard. — op. cit. — p. 41.

(4) Hauriou. — Précis. de droit administratif et de droit public. — 7e édition, p. 414, § II, alinéa 1er.

de droit privé qui s'établissent dans la pratique normale de la vie, alors que, pour régir les rapports commerciaux, (qui ne sont, après tout, que des rapports de droit privé) on a cru nécessaire d'établir un droit particulier. Comme lui, nous pensons : « Que la gestion des opérations administratives est véritablement l'occasion d'un commerce juridique spécial, tout à fait différent du commerce de la vie ordinaire, qui mérite un droit et un juge spécial, aussi bien que le commerce juridique des commerçants mérite le droit commercial et les juges consulaires. »

Ces considérations théoriques ne sont d'ailleurs pas les seules qui militent contre l'adoption des lois civiles comme base de la Responsabilité de l'Etat.

Dans la pratique de la Responsabilité civile, en effet, lorsqu'un préposé a commis une faute, la victime a le choix entre deux poursuites pour obtenir réparation : ou bien, elle peut s'adresser au préposé, personnellement responsable de son acte, en vertu de l'article 1382 ; ou bien, se basant sur 1384, elle peut agir contre le commettant, responsable civilement des actes de son préposé. Quand il s'agit de la responsabilité de l'Etat, il n'en va pas ainsi. En toute hypothèse, le particulier endommagé ne trouve en face de lui qu'un responsable : soit le fonctionnaire si celui-ci a commis ce qu'on appelle dans la doctrine « une faute personnelle » ; soit l'Etat si, en agissant, le fonctionnaire est resté dans le cercle de sa fonction, et a commis ainsi ce qu'on nomme « faute de service », (1)

(1) Nous n'avons ni le loisir, ni la place dans une monographie telle que notre ouvrage, d'étudier à fond la distinction encore un peu imprécise, peut-être, mais si souvent admise, et si fermement. par la Jurisprudence. Nous nous bornerons à citer quelques arrêts : Ex. de faute de service : Confl. 26 juin 1897, (préf. de Hte-Garonne.) — Cons. d'Etat 29 déc. 1909. — Ex. de faute personnelle : Confl. 7 juin 1873. (Godart.) — Cass. 20 janv. 1896. (Bommartin.) — Confl. 4 déc. 1897. — Dijon 11 déc. 1907.

Les auteurs civilistes admettent cette distinction (1) que nous considérons comme cependant inconciliable avec les résultats logiques de l'application du Code Civil. Avec M. Tirard nous nous demandons, en effet, puisque « leur doctrine a précisèment pour base une assimilation entre l'Etat-personne et le particulier-commettant, entre le fonctionnaire de gestion et le simple préposé, cette base n'est-elle pas bien fragile et cette assimilation bien artificielle, si l'on considère que dès la première application du texte proposé les analogies invoquées se transforment en dissemblances ? (2) « Aussi croyons-nous pouvoir logiquement conclure avec M. Teissier : « Cette adhésion à la jurisprudence du Tribunal des conflits implique la condamnation de la thèse qui veut appliquer 1384 du Code civil en la matière qui nous occupe, même lorsqu'il s'agit d'actes de gestion. » (3)

A un autre point de vue, même abstration faite de l'incompatibilité que nous venons de relever, les articles du code civil ne peuvent donner à la responsabilité de l'Etat une base satisfaisante. Ils ne connaissent en effet qu'une cause de responsabilité : la faute. Or la faute est une base trop étroite. De l'avis de la presque unanimité des auteurs, il est des cas, assez nombreux, (4) où l'Etat indépendamment de toute faute, cause du préjudice aux particuliers ; et où est admis le droit à réparation. Le dommage s'est présenté comme la conséquence inévitable de l'activité *légale* des services publics et cependant il entraine responsabilité C'est en vain, croyons-nous, que l'on objecte, l'extension prise ces dernières années par la notion de

(1) Cf. Berthélemy : op. cit. p. 61. — Michoud. Revue de droit public 1895 : N°s 28 et 29, p. 17 et suiv.

(2) Cf. Tirard, op. cit. p. 51.

(3) Cf. Teissier — De la responsabilité de la puissance publique, n° 140.

(4) C'est le cas pour un bon nombre de dommages causés par les Travaux publics, ou les servitudes d'utilité publique.

faute en droit civil, et l'orientation donnée à la doctrine civiliste vers une théorie de l'abus du droit qui, d'ailleurs est loin d'avoir rallié l'unanimité des auteurs.

Il nous semble, en conséquence, que quand le Tribunal des conflits dénia au droit civil la réglementation de la responsabilité de l'Etat, ce fut avec raison. Devant cette décision les civilistes s'inclinent, et, tout en conservant leurs préférences théoriques, constatent l'évolution de la pratique administrative. (1)

II. — Théories de droit public

A la suite de la Jurisprudence administrative, sont apparus des auteurs, poussés par le désir de créer une science véritable du droit administratif, et l'équitable ambition d'accorder, sur des bases solides, les prérogatives de l'Etat et les droits respectables des particuliers. Ils tentèrent de dégager des espéces solutionnées par la jurisprudence, ou des règles particulières de la législation spéciale, une ou plusieurs idées générales susceptibles de constituer. en fonction du droit public, la base juridique de la Responsabilité de l'Etat.

Certains ont distingué selon les causes de responsabilité et ont élaboré pour chacune une théorie spéciale. D'autres au contraire, rapprochant toutes les hypothèses diverses, se sont appliqués à en tirer une doctrine générale.

(1) On s'étonnera, peut-être, de ne pas nous voir présenter comme théorie civiliste de la responsabilité de l'Etat celle à laquelle on fixe pour base l'idée de *Risque*. Nous avons pensé qu'elle serait plutôt à sa place logique dans la section suivante où nous examinons les théories de droit public. En effet, l'auteur qui s'est fait, autrefois, le promoteur de cette doctrine, M. Hauriou (op. cit. 5e édition),en avait fait un aspect particulier de sa théorie de la Responsabilité de l'Etat, théorie de droit public au premier chef. D'ailleurs c'est du domaine spécial de la législation industrielle, et non du droit civil, que l'auteur avait tiré cette idée de risque, base de la Responsabilité. Nous en parlerons donc lorsque nous arriverons à l'examen des idées de Monsieur Hauriou.

Nous nous efforcerons, en quelques pages, d'examiner leurs tentatives et d'apercevoir jusqu'à quel point ils ont rèalisé leurs désirs.

A. — Théorie de Monsieur Laferrière (1)

Monsieur Laferrière, s'appuyant sur la plupart des arguments que nous venons de passer en revue à propos de la doctrine civiliste, la repousse et pose en principe que : « La responsabilité pécuniaire de l'administration n'est pas soumise aux mêmes règles que celle des particuliers ». Il déclare ensuite, s'unissant en cela aux considérants des arrêts Rotschild et Blanco, que nous avons déjà cités, que : Les règles doivent varier « suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». C'est sans doute par application de cette idée qu'il met en dehors de son étude la théorie des dommages causés par les travaux publics. A son avis, en cette matière, il suffit pour qu'il y ait responsabilité du service public, que, de l'activité de ce service des travaux publics, soit directement résulté un dommage matériel, actuel, certain et dépassant de façon appréciable les gênes temporaires qui résultent du simple voisinage.

Mais, à côté de ce domaine où l'Etat est responsable à raison de son simple fait dommageable, M. Laferrière trouve un champ d'activité où la responsabilité n'entre en jeu qu'à la suite d'une « faute ». Cependant, là encore l'Etat, n'est pas tenu à indemnité de façon générale. Pour l'auteur, une distinction s'impose, car, il lui parait que tous les actes de l'Administration ne sont pas identiques : tandis que les uns sont des « actes d'autorité » les autres sont des « actes de gestion. » La seule

(1) Laferrière. — La Juridiction administrative. — 2e édition, T. II p. 155 et suivantes.

règle qui les domine, est que « plus la fonction est élevée, moins grande est la responsabilité. »

De ces idées il résulte : en premier lieu, qu'à raison des actes de puissance publique l'Etat est irresponsable. Peu importe qu'il s'agisse des rapports de l'Etat avec les fonctionnaires et qu'il y ait abus de pouvoirs discrétionnaires ou atteinte illégale à un droit acquis ; peu importe encore qu'il soit question de pouvoirs de police administrative exercés sous forme de règlements imprévoyants ou imprudents, ou de mesures individuelles contraires au droit. Il n'y aurait d'exception en ce cas que s'il s'agissait d'un acte de gestion déguisé sous un acte d'autorité. Ce serait alors un cas de détournement de pouvoir.

Pour les actes de gestion qu'il examine en second lieu, M. Laferrière distingue, selon qu'ils sont faits *en vue des services publics*, ou du *patrimoine privé* de l'Etat. Ici la Responsabilité est la règle, mais la base ne sera pas la même dans les deux cas

Dans la première hypothèse, il faut une faute préjudiciable à autrui, mais il s'agit ici d'une *faute de droit public* qui n'engage l'Etat qu'autant qu'elle provient d'un agent chargé d'un service public, et résulte des difficultés ou des risques de la fonction, c'est-à-dire d'une *faute de service*. L'agent étant seul responsable de sa *faute personnelle*, et de celle-là seulement.

Dans la seconde hypothèse, l'Etat, propriétaire de son domaine privé comme un simple particulier, est responsable selon les règles du droit civil.

Cette théorie de Monsieur Laferrière donne une idée exacte de la jurisprudence telle que son influence personnelle contribua à la faire établir au temps où il était au Conseil d'Etat. Mais, en rapprochant ses conclusions des arrêts les plus récents de la juridiction administrative, on ne peut pas ne pas être frappé des divergences qui se

présentent entre cette théorie et la pratique. C'est qu'elle ne peut, en effet, échapper à de graves reproches.

Principalement, la division des actes des services publics, en actes d'autorité et actes de gestion, est une division factice. A ce sujet, Monsieur Tirard dit, et avec raison pensons-nous : « On est trop facilement tenté de voir dans la puissance publique et dans la personne morale des êtres distincts auxquels peuvent être séparément, rapportés les actes administratifs, alors que, dans la réalité des faits, ce ne sont que les deux aspects d'une activité unique : la puissance publique, c'est-à-dire les gouvernants dirigent les services dont le patrimoine administratif, représenté par la personne morale, assure les voies et moyens. » (1) Monsieur Teissier constate de même qu'à tous les actes de l'administration se mêle le caractère de puissance publique et qu'à voir le classement que font les auteurs, des actes qu'ils répartissent en ces catégories, on se rend compte que très fréquemment on pourrait les faire rentrer aussi bien dans l'une que dans l'autre (2) Monsieur Hauriou remarque encore que le même acte, suivant qu'il est considéré « du point de vue de la décision exécutoire » ou « du point de vue de l'exécution » peut donner lieu également à un recours en annulation ou à une action en indemnité. (3)

C'est pourquoi, repoussant cette théorie, le Conseil d'Etat n'oppose plus maintenant le principe de l'irresponsabilité à raison des actes de puissance publique. Nous avons vu déjà qu'il avait accordé indemnité en des hypothèses où Monsieur Laferrière aurait, pensons-nous, absolument conclu au rejet. Et lorsqu'il rejette c'est toujours pour des motifs de fond.

Nous pourrions, au surplus, critiquer ici encore la

(1) Tirard, op. cit., p. 109.

(2) Teissier, op. cit., n° 145.

(3) Voir dans ce sens M. Hauriou. op. cit., 5ᵉ édition p. 246 et suiv. — 7ᵉ édition p. 413 et 497.

doctrine qui consiste à fonder la responsabilité sur l'idée de faute. Nous nous en abstenons pour le moment car nous aurons à y revenir à propos des théories suivantes. Bornons-nous à remarquer que la notion de faute dont traite Monsieur Laferrière est uniquement établie sur la jurisprudence dont précisément il est question de chercher la base. Construit sur une distinction caduque, repoussé par la jurisprudence, ce système fut bientôt abandonné de la doctrine.

B. — Théories de Monsieur Hauriou.

Monsieur Hauriou qui, de son côté, travaillait à la construction doctrinale de la Responsabilité de l'Etat, étudiant avec grand esprit d'analyse les solutions jurisprudentielles, imagina un autre système. — Tout d'abord il néglige la distinction jusque-là habituelle des actes d'autorité et des actes de gestion, et, examinant les actes administratifs du seul point de vue de l'exécution, il arrive à conclure qu' « une jurisprudence persévérante s'appliquant à relever tous les cas d'exécution de services ou d'exécution d'opérations qui se cachent derrière la façade des décisions exécutoires, arrivera à établir d'une façon très large la responsabilité de la puissance publique en cas de faute de service. »

Mais l'auteur n'est pas arrivé à cette conclusion du premier coup et par un systéme d'ensemble.

Il distingue les actes administratifs selon les droits auxquels ils se rapportent et la façon dont ils atteignent les particuliers. « Il peut se faire, dit-il, que le droit de l'administré qui a été lésé par l'administration se venge par lui-même de l'atteinte qui lui a été portée et poursuive par lui-même la réparation pécuniaire, cela ne se produit à mon avis que s'il s'agit d'un droit de propriété et cela donne lieu à la théorie de l'atteinte au droit de pro-

priété ; il peut se faire aussi que le droit lèsé ne se venge par lui-même alors c'est le préjudice causé à la personne qui doit être réparé, mais la réparation du préjudice n'est pas obtenue dans tous les cas ni dans une théorie unique, elle l'est seulement en certains cas et par des théories différentes, celle des dommages résultant des travaux publics, celle des fait de service, celle de la responsabilité pour faute. » (1)

Dans la *théorie de l'atteinte au droit de propriété,* l'auteur fait rentrer tous les cas de dépossession définitive, directe ou indirecte résultant d'expropriation, de réquisitions militaires, ou d'atteintes à une propriété industrielle, mais ces cas seulement. La base de la responsabilité est ici l'inviolabilité du droit de propriété. (2)

Pour ce qui est des atteintes aux autres droits, elles « constituent aussi des préjudices mais qui ne suffisent pas à justifier la réparation juridique, car ils ne sont pas injustes par eux-mêmes » et le principe de la réparation devra être cherché en outre dans un élément spécial aux diverses catégories (3) de préjudices, M. Hauriou en distingue trois :

En premier lieu la catégorie du dommage qui est « un préjudice qui se présente comme la conséquence inévitable d'une opération administrative spéciale. » — « Le fondement de l'indemnité peut être ici tiré de l'*idée de la gestion publique ;* les administrés dont les propriétés subissent des dépréciations ou des servitudes d'utilité publique par suite d'opérations spéciales accomplies par l'administration, doivent être considérées comme ayant concouru par ce sacrifice à l'œuvre commune et comme ayant acquis par là des droits à indemnité. » (4) Cette idée de la gestion publique pouvait paraître un peu

(1) Hauriou, op. cit., 5e édition, p. 239.

(2) Hauriou, op. cit., 5e édition, p. 240.

(3) Hauriou, Loc. cit.

(4) Hauriou, op. cit. p. 242.

vague, *dans une édition postérieure de son ouvrage,* l'auteur l'a précisée. « *Le dommage causé sans faute* est un préjudice qui se présente comme la conséquence pratiquement inévitable d'une opération administrative régulièrement entreprise. » (1)

Le fondement de la responsabilité repose sur ce que en imposant à un particulier par un souci d'administration économique, de bonne administration ; un sacrifice pratiquement inévitable si l'on ne consent à faire des dépenses ruineuses, les services publics bénéficient, « au point de vue de la justice commutative, » *d'un enrichissement sans cause en moins dépensant.* Cet enrichissement « peut se justifier au point de vue de la bonne administration, mais il ne s'agit plus de bonne administration, il s'agit d'équilibre des patrimoines. » (2)

En second lieu, à côté de « ces dommages causés sans faute » l'auteur trouve des actes préjudiciables qui ne sont plus la « conséquence inévitable de certaines opérations administratives » mais *d'actes évitables* « qui se sont produits soit au cours d'une opération, soit pendant l'exécution du service public. » (3)

Autrefois (4), M. Hauriou, tenté par un rapprochement intéressant d'ailleurs, avait construit à ce sujet « *une théorie de responsabilité pour accident* » — : « Les choses se passent, disait-il, comme si la puissance publique était le gérant d'une entreprise industrielle, que l'exécution des services publics fut cette entreprise et que les administrés y fussent employés. C'est-à-dire que la notion de l'accident administratif paraît se rapprocher de celle de l'accident industriel telle que l'a posée la loi du 9 avril 1898. » (5)

(1) Hauriou, op. cit,, 7e édition, p. 480.
(2) Hauriou. loc. cit. p 482 et suivantes. M. Hauriou donne des exemples très intéressants.
(3) Hauriou, 5e édition, p. 242 et 243.
(4) Hauriou, loc. cit.
(5) Hauriou, loc. cit.

Et il avait posé comme condition de la responsabilité qu'il s'agisse d'un acte réalisé dans la gestion des services publics et résultant d'une erreur ou d'une négligence « qui depassent celles qui se produisent dans le fonctionnement habituel des services. (1)

Mais, dans la suite, il se rendit compte qu'une assimilation entre la responsabilité de l'Etat et celle de l'industriel était aussi téméraire et inexacte que celle qu'opéraient les civilistes avec la responsabilité de tout autre particulier. Il s'aperçut en effet que « 1° la théorie du risque de l'entreprise dans sa brutalité, n'est tolérable dans la matière des accidents industriels que parce que les chefs d'entreprises sont assurés. Or, l'administration n'est pas assurée et ne peut pas s'assurer contre les fautes de service ; 2° en matière d'accident industriel, l'indemnité est forfaitaire et déterminée par la loi. Cette fixation à forfait était impossible pour les préjudices résultant des fautes de services ; 3° la théorie du risque a le défaut d'éliminer toute préoccupation morale de diligence ou de zèle dans l'accomplissement de la fonction, or, l'institution administrative a un besoin urgent de cet élément moral. » (2)

Quittant alors l'idée de risque ou d'accident de l'entreprise des services publics, l'auteur basa la responsabilité de l'Etat sur ce que : « Toutes les fois que l'administration publique sera envisagée comme ayant pris la charge de l'exécution des services publics, elle sera le *gérant d'une entreprise*, car, d'une part, l'exécution des services publics est une entreprise, d'autre part elle *a assumé cette charge sans mandat*, de sa propre initiative. Dans ces conditions elle endosse l'obligation de continuer la gestion commencée et *celle d'indemniser pour les dom-*

(1) Hauriou, op. cit., 5e édition. p. 243.

(2) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 494, note I.

mages causés par sa faute. La combinaison de ces deux obligations aboutit à la responsabilité de l'administration pour les *irrégularités et les fautes dans le service...* » (1) C'est ainsi que : « les négligences, les ommissions, les erreurs, les maladresses, que l'agent aurait évité s'il s'était conformé à la diligence moyenne du service et qui en même temps, ne dénotent pas de sa part un fait personnel. » (2) entraîneront comme « fautes de service » la responsabilité de l'Etat. (3)

Monsieur Hauriou note, en troisième lieu, que cette théorie de la faute de service ne s'applique point dans l'administration du domaine privé qui, par tradition, est soumise aux règles du droit civil, ni aux cas pour lesquels les lois ont établi un régime spécial.

Cette théorie de Monsieur Hauriou est extrêmement intéressante et il nous semble, à voir les rapprochements qu'il fait des résultats de l'application de ses principes avec les solutions pratiques de la jurisprudence, que, dans cette doctrine, se trouve la clef du problême du fondement juridique de la responsabilité de l'Etat.

Cependant à y regarder de plus près, il nous apparaît que si ce systéme nous fournit une explication assez réa-

(I) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 469.

(2) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 494.

(3) Relativement à cette théorie spéciale du fondement de la responsabilité de l'Etat à raison des dommages *pratiquement évitables* résultant du fonctionnement des services publics, M. Hauriou a donc professé deux opinions successives et absolument distinctes.

Dans son premier système (5e Edition) il voit dans les services publics une entreprise qui doit réparer les dommages même accidentels résultant de son fonctionnement, car le « risque professionnel » en quelque sorte, lui incombe. C'est la Théorie du Risque.

Dans sa 7e édition, l'auteur réfute lui-même sa première opinion et reconstruit une théorie complètement nouvelle. L'Etat, dit-il, exécutant les services publics gère, sans mandat, l'affaire d'autrui. C'est sur cette idée de gestion d'affaires qu'il base actuellement sa théorie de la responsabilité pour faute de service.

Le second système seul nous occupera maintenant dans la suite de l'étude des idées émises par M. Hauriou.

liste de la jurisprudence présente, un exposé séduisant des procédés employés en administration, pour « concillier (selon l'expression d'un arrêt connu) les droits de l'Etat avec les droits privés », exposé paré d'une terminologie juridique, il est loin de nous donner les règles, fermes et et précises, que recherchent ceux qui ont l'ambition de faire de *l'art* d'administrer, une véritable *science* du droit administratif.

Monsieur Hauriou trouve aux notions d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaires, le grand avantage d'être : des causes d'obligations qui soient admises par les traditions du commerce pécuniaire. « (1) Quest-ce donc que l'auteur entend par « traditions du commerce pécuniaire ? » Est-ce le droit civil ? — Nous ne pouvons le croire, car l'auteur ne manque aucune occasion (2) de nous proclamer la nature « spécialement administrative » des théories qu'il exprime. Mais alors ces notions d'enrichissement sans cause et de gestion d'affaire sont donc uniquement des notions d'équité, trop vagues et trop imprécises, pour être en elles-mêmes, sans aucune réglementation arbitraire des auteurs ou de la jurisprudence, sans aucune formule légale, un fondement juridique de la responsabilité. Et il nous semble qu'en face d'une telle théorie, il nous serait possible de conclure comme le faisait Monsieur Michoud, dans sa critique de la jurisprudence : « En dehors de l'hypothèse restreinte pour laquelle on admet l'application des règles du droit privé, on en est réduit à admettre la responsabilité de l'Etat, non en vertu d'un texte, non en vertu d'une règle de droit, mais uniquement en vertu d'une idée générale de justice et d'équité, que l'on ne précise pas, dont on n'indique point le fondement, dont les arrêts ne donnent même

(1) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 478.
(2) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 489 et 495.

nulle part la formule, et qui, par cela même, se prête commodément à toutes les solutions.(1)

Cependant, somme toute, le système de Monsieur Hauriou est séduisant car il n'est point rétréci en des limites rigides et il est dans le sens de l'évolution pratique de la jurisprudence, qui nous parait être une adaptation extensive, d'ordre prétorien (et par le fait même en marge des principes que donne le droit positif), des idées du droit privé dans les matières de droit public.

C. — Théorie de « l'Egalité devant les charges publiques» de Messieurs Teissier, Tirard et Michoud.

Certains auteurs de droit administratif, trouvant trop faibles les principes invoqués par les doctrines précédentes, ont tenté de découvrir dans les principes du droit public moderne, résultante historique des bouleversements politiques des XVIII[e] et XIX[e] siècles ; non seulement une tendance (que nous avons signalée) à rendre l'Etat responsable, mais une règle de responsabilité bien nette source d'une véritable obligation juridique.

Cette règle, les auteurs l'ont appelée «l'Egalité de tous les citoyens devant les charges publiques ».Ils l'ont exprimée en disant : « Tous les citoyens doivent participer également aux charges des services publics c'est-à-dire contribuer en raison de leurs facultés respectives aux frais de toute nature qu'ils occasionnent. » (2) ou encore « Les citoyens ne doivent pas souffrir plus les uns que les autres des charges imposées dans l'intérêt de tous,»(3) En conséquence, tout dommage causé à une personne privée par le fonctionnement d'un service public, doit être mis à

(1) Michoud. — Revue de droit public, 1895, T. III, p. 405.
(2) Tirard, op. cit., III[e] Partie, Chapitre II, p. 138.
(3) Teissier, op. cit, N° 147.

la charge de la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service a été établi, et non point demeurer à la charge du particulier lésé. (1)

Le principe de l'égalité des charges par son apparence très claire, sèduit tout d'abord. Il entraine d'autant plus facilement l'adhésion de l'esprit qu'il paraît être, à la fois, une extension très équitable de la responsabilité de l'Etat, et prendre appui non sur une idée de faute, vague et peu satisfaisante, mais sur des textes généraux que citent à plaisir les auteurs qui l'ont exprimé. En effet Messieurs Teissier et Tirard, et après eux Monsieur Michoud (2) se recommandent des déclarations des droits du 3 — 14 septembre 1791. — 5 fructidor an III et de la constitution du 4-10 novembre 1848.

Mais nous pensons qu'il ne faut point se laisser suggestionner par ces textes, et qu'un examen attentif nous montrera qu'ils sont loin d'avoir la portée générale que ces auteurs leur ont attribué.

En effet la déclaration du 3 — 14 septembre 1791, en son article 13, dit simplement : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une *contribution* commune est indispensable ; elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés ». Dans le même sens la constitution du 5 fructidor an III répète (article 13) : « Toute *contribution* est établie pour l'utilité générale, elle doit être répartie entre les contribuables en raison de leurs facultés. »

Ces textes nous paraîssent ne viser que l'hypothèse de la « contribution, » autrement dit « impôt », et il faut ce nous semble une grande bonne volonté pour y trouver une règle générale. Cependant il est un autre texte qui

(1) Teissier, op. cit., N° 12.

(2) Michoud. — Traité de la Personnalité morale, N° 292 et suivantes.

pourrait, à la rigueur justifier une interprétation extensive, c'est celui des paragraphes VI et VII du préambule de la Constitution des 4 — 10 novembre 1848. On peut y lire en effet : « § VI. — Des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République et la République envers les citoyens.— § VII. Les citoyens doivent aimer la patrie, servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer *aux charges* de l'état en *proportion* de leur fortune etc... » — Ce dernier membre de phrase semble en effet prendre le mot « charges » dans un sens très général. Mais si l'on se reporte aux travaux préparatoires de ce préambule. on y voit que, comme dans les textes cités plus haut, les constituants n'ont envisagé que l'hypothèse de l'impôt. C'est ce qui ressort d'une note de Dalloz sous ces textes, note où il est dit au sujet de l'expression « en proportion » — : « Le projet portait *en raison* de leur fortune, et c'est en ces termes que cette disposition a été votée. La commission avait entendu réserver, par cette rédaction, la question de l'impôt proportionnel ou progressif. (Séance du 7 septembre. Mon. du 8). Le mot *proportion* a dû remplacer dans le texte ceux de *en raison* lorsque l'impôt progressif a été repoussé ainsi qu'on le verra dans la discussion sur l'article 15 de la Constitution. » (1)

Ces textes n'ont donc pas la portée que voudraient leur attribuer les partisans de l'égalité devant les charges publiques, et ils ne peuvent être considérés avec certitude comme l'expression, en droit positif, d'un principe général de responsabilité.

A notre avis on ne peut y voir que le germe d'une tendance vers plus de justice, tendance qui pourra continuer à apparaître dans la législation spéciale postérieu-

(1) Cf. D. P. 1848, 4, 222.

re, (1) mais dont nous croyons pouvoir dire avec Monsieur Hauriou « C'est un de ces principes que le législateur doit avoir devant les yeux et qu'il doit s'efforcer de réaliser dans la mesure du possible ; mais on ne saurait en faire une maxime obligatoire qui s'imposerait aux juges en dehors d'un texte de loi... » (2)

Ainsi disparait ce qui, de prime abord, donnait à la théorie de l'Egalité devant les charges publiques une supériorité sur tous les autres systèmes, simples constructions théoriques, en face desquelles, elle se posait comme issue directement de la législation positive en matière de droit public.

Mais il est un reproche, encore plus grave semble-t-il, que l'on doit faire à cette théorie nouvelle. C'est le danger qu'elle présente dans la pratique, Elle porte en elle-même une force d'expansion à laquelle logiquement il est impossible de prévoir des limites. (3)

Le reproche n'a point échappé aux auteurs qui la professent. Ils tentent d'y remédier en la limitant. Monsieur Teissier, après avoir formulé son principe, établit une seconde règle disant que :

« Les nécessités de la vie en société et l'existence même de l'Etat imposent à tous les citoyens, parce que tous profitent de son organisation et de ses services, l'obligation de supporter sans indemnité, à moins que le législateur en ait décidé autrement, toutes les conséquences dommageables dérivant de l'*exercice légal et régulier* de la puissance publique et du *fonctionnement normal* des

(1) Les partisans de l'Egalité devant les charges veulent en effet voir une traduction de ce principe dans les lois des 7-11 sept. 1790, 28 Pluviose an VIII, 16 sept. 1807, etc., voir à ce sujet : Tirard op. cit., troisième partie, Chap. I p. 140 et suiv. — Et Teissier op. cit., N° 13.

(2) Hauriou, op. cit., 7e édit. p. 477.

(3) Voir à ce sujet M. Hauriou, op. cit., 7e édit., p. 477 et 478, Michoud. — Responsabilité des personnes morales T. II, N° 293.

services d'intérêt général » (1) et plus loin : « Les citoyens doivent supporter sans indemnité, toutes les gênes et tous les risques qui résultent du fonctionnement régulier des services publics créés dans l'intérêt de tous et dont chacun profite partiellement, tandis qu'au contraire, tous les *dommages exceptionnels,* tous ceux qui ne découlent pas de la marche normale de ces services, mais proviennent, soit de leur *mauvaise organisation,* soit de leur *fonctionnement défectueux,* c'est-à-dire en somme d'une *faute* plus ou moins lointaine de l'administration, doivent demeurer à la charge de la collectivité. » (2) Monsieur Tirard de son côté disait : « ... la théorie du fait de service telle que nous l'avons exposée est trop absolue ; elle conduit à des résultats inadmissibles en droit positif. Aussi convient-il de la limiter dans une mesure convenable, par l'*idée de faute.* On conçoit que la puissance publique soit tenue de réparer les dommages causés par le fonctionnement de la machine administrative ; mais encore faut-il que la machine ait fonctionné à faux. Il est impossible d'admettre, en l'absence d'un texte formel que la responsabilité de l'administration soit engagée, s'il est établi que ses agents ont fait un usage régulier de leurs pouvoirs légaux, s'ils se sont conformés à la lettre et à l'esprit de la loi. » (3)

Mais « la seconde règle par laquelle Monsieur Teissier cherche à atténuer la portée de la première (pas d'indemnité en cas d'exercice légal et régulier de la puissance publique « en est tout simplement la contradiction partielle...» (4) Et Monsieur Michoud, à qui nous avons emprunté ces lignes, note que dans des cas nombreux, la puissance publique est responsable sans qu'il y ait besoin

(1) Teissier. op. cit , N° 147.
(2) Teissier, N° 175.
(3) Tirard, op. cit., page 205.
(4) Michoud. — Traité de la Personnalité morale. T. II. p. 271.

de prouver l'existence d'aucune faute. Il applique à ces cas de responsabilité sans faute où « l'administration n'a pas dépassé son droit », le principe de l'égalité devant les charges, limité par une notion de préjudice anormal qu'il précise d'ailleurs très peu et qu'il tire, non pas du droit français, mais des idées très vagues, elles aussi, d'un jurisconsulte allemand. (1) Mais par la suite, dans les autres cas, il revient lui-même, somme toute, à l'idée de faute et conclut : » une théorie qui ne tiendrait pas compte de l'idée de faute nous paraitrait ici, comme en droit privé, facheuse à bien des égards, et nous approuvons pleinement la jurisprudence qui base la plupart de ses condamnations contre l'État sur l'idée de faute du service public. » (2)

Il apparait ainsi que les systèmes, qui semblent de prime abord les plus éloignés de la notion de faute, y reviennent cependant par quelque endroit. Les auteurs qui les soutiennent se voient obligés de placer cette notion comme limite de la responsabilité trop large à laquelle ils aboutissent logiquement d'après leur principe. D'après eux, il y aura deux conditions nécessaires pour que puisse se poser la question de la responsabilité : 1° Il faudra une inégalité devant les charges publiques et 2° une faute du service public qui aura occasionné cette inégalité.

Mais, vues sous un tel angle, ces doctrines de Messieurs Teissier, Tirard et Michoud nous semblent se rapprocher singulièrement des théories qui demandent, beaucoup plus simplement, pour l'admission de la responsabilité, l'existence d'un dommage causé par la « faute » du service public.

Et en effet tandis que Monsieur Hauriou définit la faute de service : « Les négligences, les omissions, les

(1) Otto Mayer. — Le Droit adminstratif allemand. — Edit. française, T. IV, p. 221 et suiv,

(2) Michoud, op. cit., p. 277

erreurs, les maladresses, que l'agent aurait évité s'il s'était conformé à la diligence moyenne du service. » Monsieur Teissier ne donne-t-il pas ce nom à « tous les dommages exceptionnels, tous ceux qui ne découlent pas de la marche normale de ces services, mais proviennent, soit de leur mauvaise organisation, soit de leur fonctionnement défectueux. » Monsieur Tirard de même, professe que l'on conçoit l'obligation pour la puissance publique « de réparer les dommages causés par le fonctionnement de la machine administrative : mais encore faut-il que la machine ait fonctionné à faux. » (1)

Il ressort à notre avis de cette constatation : que l'idée d'égalité devant les charges est non seulement dangereuse, mais encore inutile, car l'appréciation de l'inégalité des charges est éclipsée par cette subordination de la responsabilité à l'existence d'une faute.

D'autre part, que penser au point de vue théorique de la notion de faute comme limite ou comme cause déterminante de la responsabilité ? — On a beaucoup discuté sur ce qu'était la faute. — On s'est placé pour l'apprécier, tour à tour, au point de vue subjectif et au point de vue objectif, et il semble que jamais, l'esprit inquiet, de soumettre aux formules, les réalités mille fois changeantes de la vie, n'ait trouvé une solution exacte de la question. Un exemple frappant des compréhensions diverses qui peuvent être données à cette notion de faute, nous le trouvons dans une des différences essentielles que présentent les diverses théories que nous venons d'examiner.

Tandis que la plupart des auteurs, notamment Messieurs Laferrière (2), Hauriou (3), Teissier (4), et Michoud (5), à

(1) Tirard, op. cit., p. 205.

(2) Laferrière, op. cit., T. II, p. 155 et suivantes.

(3) Hauriou, op. cit., 7e édition, p. 480.

(4) Teissier. op. cit., N° 177.

(5) Michoud. — Traité de la Personnalité morales N° 294 et suivants.

côté d'une responsabilité où la notion de faute joue un certain rôle, admettent une *responsabilité sans faute* dont ils voient le type dans l'opération de travaux publics ; ne voyons nous pas Monsieur Tirard trouver partout de la faute et du fonctionnement à faux. Ne nous dit-il pas : « Vis à vis des particuliers l'administration a des prérogatives, mais elle n'a que les prérogatives qui lui sont reconnues par les lois » ? Et alors, d'après lui, lorsquelle cause des dommages aux propriétés voisines, l'administration « commet des abus de droit à l'égard de ses voisins. Le service public a débordé les régles du droit : la machine a fonctionné à faux » (1). Qu'est-ce donc qu'un critérium qui permet d'aussi subtils raisonnements ? Et n'est-il pas possible de trouver dans la quasi-unanimité des dommages, des cas analogues de fonctionnement à faux. ?

A notre avis, cette notion de faute est trop peu nette, trop variable dans l'étendue dont elle est susceptible, pour pouvoir nous donner cette base solide, qu'avec tous les auteurs qui se sont dépensés à sa poursuite, nous eussions désiré trouver à la responsabilité de l'état.

CONCLUSIONS

Mais alors que conclure ? — Le Droit Civil est inapplicable aux rapports de droit public. — La théorie de Monsieur Laferrière, qui était une bonne analyse de la jurisprudence, a vieilli par suite de l'évolution du recours en ¡ndemnité. — La doctrine de Messieurs Teissier et Tirard trop absolue dans son principe, contradictoire dans son développement arrive en dernière analyse à subordonner

(1) Tirard, op. cit.. p. 209 et suivantes.

elle aussi la responsabilité à la notion de faute. — Il en est de même des idées de Monsieur Michoud. Quant à Monsieur Hauriou, de son étude ne se dégage pas non plus un principe obligatoire par lui-même, il nous semble seulement une explication plus précise de la Jurisprudence, par une adaptation aux rapports de responsabilité qui se créent entre l'Etat et les particuliers, des règles d'équité, que traduisent et sanctionnent en droit privé, les règles du Code civil.

A notre sens, c'est encore une construction de ce genre qui semble se rapprocher le plus de l'état actuel de la pratique administrative, et en être, sinon la justification absolue, que nous croyons ne pouvoir dégager, du moins une explication suffisante.

La Justice réclame, en principe, la Responsabilité de l'Etat. « D'un côté, dit Monsieur Hauriou, c'est une contre partie de ses prérogatives, l'administration use de pouvoirs exorbitants et de contrainte, on est porté à se dire ; « qu'elle fasse, mais qu'elle paie » ; d'un autre côté si l'administration cause des préjudices à quelques-uns, c'est pour l'exécution des services publics, c'est-à-dire pour le bien de tous, et il serait souverainement injuste que les uns pâtissent pour les autres. »

L'équité veut donc que l'Etat puisse être déclaré civilement responsable des dommages résultant de la mise en œuvre de son activité.

Mais il est évident que cette première conclusion est trop peu précise et trop large. Il nous faut la limiter pour que nous en puissions tirer des conséquences pratiques.

Nous venons de voir les difficultés immenses, disons même plus, les impossibilités, auxquelles se sont heurtés les auteurs qui ont essayé de fonder juridiquement des théories d'ensemble. — N'existe-il donc aucune règle capable de nous guider ? — Nous ne le croyons pas. — En l'absence de préceptes généraux de droit positif, les prin-

cipes du contentieux administratif nous paraissent se rattacher à un droit prétorien encore en pleine période d'évolution et se développant en marge du droit civil inapplicable ou des lois spéciales trop étroites. Ce droit est constitué par la jurisprudence administrative, ensemble des solutions d'espèces tranchées ex œquo et bono à l'occasion des relations sociales nouvelles, en tenant compte « de la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. » C'est là qu'il faut, pensons-nous, chercher pour le moment les limites de cette responsabilité de l'Etat que réclame l'équité.

Avec la jurisprudence administrative actuelle, nous limiterons donc la responsabilité de l'Etat aux diverses hypothéses suivantes : (qui englobent, croyons nous, les catégories principales de faits dommageables.)

1° Aux cas prévus par une règle spéciale de droit positif.

2° Aux dommages résultant d'une faute commise par les agents de l'Etat dans la gestion de son domaine privé.

3° A ceux qui sont la conséquence du fonctionnement irrégulier des services publics (c'est l'hypothése de la « faute de service »)

4° A ceux qui, tout en résultant de la gestion régulière des services publics, entraineraient, soit directement, soit surtout en moins dépendant, un enrichissement sans cause du patrimoine administratif. Une compensation est nécessaire, en ce cas, pour rétablir l'équilibre des patrimoines. —

Il nous parait cependant certain que ce droit prétorien malgré ses résultats équitables, sera toujours fragile et qu'une proclamation des principes généraux, ainsi que l'établissement de sanctions, par le législateur, se-

(1) Cf. (Greco). — S. 05, 3. 113. Leb. p. 139. — (Auxerre) Leb. 165 (Villenave) Leb. p. 767.— Parmi les arrêts plus récents 22 mars 1907 (Fournier) Leb. 292. — 28 juillet 1911 (La Foncière) Leb. p. 918.

raient grandement désirables en la matière, tant pour la garantie effective des droits individuels, toujours à la merci d'un revirement jurisprudentiel ; que pour la sécurité doctrinale du juge et du juriste.

Mais, si nous ne pouvons trouver une base absolument juridique à la responsabilité de l'Etat ; comme nous en trouvons cependant la réalisation pratique dans une jurisprudence d'accord avec l'équité, nous nous efforcerons de chercher, dans les chapitres suivants, pour quelles raisons l'extension jurisprudentielle n'a pas encore atteint la catégorie pourtant très importante et très intéressante de dommages, que l'on nomme : Les faits de guerre.

La Responsabilité de l'État à raison des dommages causés par les faits de guerre.

Généralités.

Nous venons d'apercevoir très rapidement, trop même, à notre gré, la tendance de la législation, de la jurisprudence, et de la doctrine, à étendre de plus en plus la responsabilité de la puissance publique à raison des dommages causés par le fonctionnement des service administratifs. Il nous a paru très intéressant d'examiner en une monographie que nous voulons réaliser de notre mieux, comment se comporte l'Etat en face des réclamations que suscitent, de la part des particuliers, les dommages causés par l'activité des services publics de défense nationale, non en tout état de cause, mais dans l'hypothèse spéciale de leur mise en œuvre effective, dans la lutte armée pour la vie de la nation ; et de voir, si là aussi, nous rencontrions cette orientation vers une plus grande responsabilité de l'Etat en raison des dommages causés à quelques-uns dans l'intérêt de tous, ou, au contraire, si l'ancienne irresponsabilité subsistait encore et pourquoi.

La Guerre. — « Le concept de Fait de Guerre. »

Lorsque, en face des dépenses toujours croissantes des budgets de la défense nationale, des économistes s'élèvent pour critiquer de tels sacrifices, on leur répond tout simplement « si vis pacem para bellum » et cela suffit ! La guerre en effet dans la situation internationale actuelle

est encore la sanction la plus efficace des droits individuels des nations. Sur la force seule repose leur indépendance. et quand leur droit est méconnu, quand leur existence est menacée, elles ne peuvent en appeler qu'à la puissance de leurs armes.

C'est ainsi que Vattel (1) la définit :

« Cet état dans lequel on poursuit son droit par la force.... La guerre publique est celle qui a lieu entre les nations ou les souverains, qui se fait au nom de la puissance et par son ordre... » et Phillimore : (2) « L'exercice du droit international d'action auquel, par la nature des choses et en l'absence d'un tribunal supérieur commun, les nations sont contraintes d'avoir recours pour affirmer et défendre leurs droits. » Et Dalloz conclut de façon réaliste que la guerre est : « un état d'hostilités et de violences au moyen duquel une puissance veut contraindre une autre puissance à se soumettre à sa volonté juste ou injuste. » (3)

Ces dernières définitions, déjà anciennes, ne tiennent point assez compte, à notre avis, de l'évolution du droit des gens auquel s'est ajouté une réglementation contractuelle des lois et usages de la guerre.

Pour nous : la guerre est un acte de la puissance publique, usant de la force dans les formes et limites réglées par le droit des gens, pour faire reconnaître ou respecter, dans les relations internationales, les droits dont elle est la gardienne. On peut dans un sens large, appeler « fait de guerre » tout acte d'exécution de la guerre. De cette définition ressort l'intérêt de l'étude que nous voulons entreprendre, savoir : L'examen critique des raisons que l'on fait valoir contre l'application des principes géné-

(1) Vattel. —Le droit des Gens. — Livre III, ch. I.

(2) Phillimore. — Commentaries. — Upon international law. — III § 49 — 4e édit. p. 77.

(3) Dalloz, supplément au répertoire Vo Guerre.

raux de la responsabilité de la puissance publique, aux demandes de réparation basées sur les dommages résultant des « faits de guerre. »

Cependant, le concept du « fait de guerre » n'a point une compréhension aussi large que celle que notre formule vient de lui donner. L'historique des solutions établies par les textes spéciaux, trouvées par la jurisprudence, et préconisées par la doctrine, au cours du siècle dernier nous montrera ce qu'on entend par l'expression « fait de guerre » proprement dit.

CHAPITRE I.

Historique de la Responsabilité de l'Etat français a raison des dommages causés par la Guerre au XIXe siècle.

Durant le siècle qui nous a précédé, la France fut engagée dans des conflits particulièrement violents. Par suite des malheurs de la défaite, le sol du pays fut envahi et, conséquence de ces désastres, la nation vit se poser devant elle, de façon plus générale, le problème que nous avons énoncé tout à l'heure : L'Etat est-il tenu d'indemniser les particuliers des dommages causés par la guerre, ou ces dommages doivent-ils être considérés comme des risques qui restent à la charge de la personne qui les a subis ? L'Etat étant libre de la secourir ou non, selon les circonstances ?

La question était grave. Sur qui allait retomber, en dernière analyse, le poids de la guerre ? — D'une part : « La guerre dans laquelle se trouve être engagé un pays concerne le pays tout entier et non pas seulement les régions dans lesquelles se poursuivent les hostilités. Si donc des dommages résultent de la guerre pour les particuliers, il est juste de ne pas les laisser à la charge définitive de ceux qui les ont subis et de les répartir entre tous les habitants du pays ». (1) Telle est la solution que suggère l'équité.

Mais en face de cette solution, les administrateurs trou-

(1) Rep. Fuzier-Hermann Vo. guerre § 7.

vèrent des difficultés pratiques (1) issues des malheurs de ces temps troublés, difficultés qui leur firent, autant qu'ils le purent, repousser l'idée d'indemnité.

Les Auteurs.

Les auteurs s'étaient peu souciés d'étudier cette question de droit public et ceux qui, à cette époque, étaient le plus considérés en la matière, Grotius (2) et Vattel (3) concluaient en des sens différents. Frappé par cette idée que les sujets d'un même état étant associés ensemble, il est juste qu'ils partagent entre eux les pertes qui arrivent à leur société « .... qui cum socii sint œquum est ut communia habeant damna, quoe societatis causa contingunt » Grotius concluait en principe pour une responsabilité complète de l'Etat, à moins d'une disposition contraire de la loi. (4)

Vattel distinguait selon la source du dommage : était-ce l'activité de l'Etat ou du souverain ? cette activité s'était-elle exercée librement et en vue de prévenir les attaques de l'ennemi ? — : Alors il y avait ouverture d'un recours en indemnité... Au contraire, avait-elle était déterminée par une nécessité inévitable ? : il n'y avait plus pour l'Etat un « devoir de justice » mais ce que les moralistes appelaient un « devoir de charité. » L'individu endommagé n'avait plus de droit à indemnité, il en était réduit à espérer un secours.

(1) Pour se faire une idée des charges énormes que les invasions de 1814 et 1815 firent peser sur la France cf. Henry Houssaye. 1815. 3e Partie (La seconde abdication, La Terreur blanche). p. 481.

(2) Grotius. — De Jure belli ac pacis. Cap. XX § VIII.

(3) Vattel. Le droit des gens. liv. III § 232. Trad. Pradier-Fodéré, tome III. p. 115.

(4) Grotius admet en effet que l'Etat peut, pour pousser le citoyen à se mieux défendre déclarer qu'il n'indemnisera pas. (cette restriction ne nous paraît pas admissible car elle détruirait en pratique le principe qu'avait posé l'auteur.)

La solution était la même lorsque la source du dommage consistait dans l'activité de l'ennemi.

« Tous les sujets, disait-il, sont exposés à ces dommages ; malheur à celui sur qui ils tombent ! On peut bien dans une société courir un risque pour les biens, puisqu'on le court pour la vie. Si l'Etat devait à la rigueur dédommager tous ceux qui perdent de cette manière, les finances publiques seraient bientôt épuisées ; il faudrait que chacun contribuât du sien dans une juste proportion ce qui serait impraticable. D'ailleurs ces dédommagements seraient sujets à mille abus, et d'un détail effrayant...

Mais il est très conforme au devoir de l'Etat et du souverain, et très équitable par conséquent, très juste même, de soulager autant qu'il se peut les infortunés que les ravages de la guerre ont ruinés, de même que de prendre soin d'une famille dont le chef et le soutien a perdu la vie pour le service de l'Etat. Il est bien des dettes sacrées pour qui connait ses devoirs quoiqu'elles ne donnent point d'action contre lui. »

Les Textes

Les textes du droit intermédiaire n'étaient pas plus d'accord sur les principes.

La loi des 8-10 juillet 1791, en son article 38, reconnut un droit à indemnité, mais seulement au profit des individus dont les biens avaient eu à subir des dommages du fait des travaux de défense exécutés à l'intérieur ou aux abords d'une place forte.

Il fallait en plus de cela, que cette place se trouvât dans la situation particulière que l'on nomme : état de guerre.

Cette loi, de portée si limitée, ne peut donc, à elle seule, suffire pour établir une règle générale.

Vint ensuite le décret du 11 août 1792 qui proclame

l'obligation pour l'Etat de « venir au secours de ceux qui, dans le cas d'invasion ou de séjour passager de l'ennemi sur le territoire français, auraient perdu tout ou partie de leurs propriétés. » (1) Mais ce texte est encore une loi spéciale qui ne vise que les dommages causés par l'ennemi. (2) Le secours qu'elle accorde n'est d'ailleurs pas égal au dommage subi, mais seulement proportionnel aux pertes éprouvées, aux besoins du citoyen endommagé et à ce qui lui reste de fortune. Chacun doit en outre supporter du dommage une part fixée par l'Assemblée Nationale. (3) Seuls les fonctionnaires et les membres de l'armée étaient intégralement indemnisés, (4) tandis qu'étaient privés de tout secours, les citoyens qui n'avaient pas obéi aux réquisitions légales, ou qui ne s'étaient pas opposé, autant qu'il leur était possible, aux ravages de l'ennemi. (5)

Le décret des 14-16 août 1793 vient ensuite établir un *droit* à réparation pour les dommages provenant du fait de l'ennemi ou des démolitions ou coupes exigées par la défense, Comme dans le texte précédent sont exclus du secours ceux qui sont convaincus d'avoir favorisé l'invasion ou n'ont pas obéi aux réquisitions militaires. Chaque cas particulier était examiné par un comité exécutif qui déterminait le montant de l'indemnité.

Ce texte est le plus général que nous possédions sur la matière, mais il fut restreint considérablement dans la pratique. Un décret interprétatif du 6-8 frimaire an II base l'indemnité, pour les fermiers au revenu net de l'héritage affermé. La valeur des maisons etc... était déterminée d'après les règles établies pour les contributions,

(1) Décret du 11 août 1792. Préambule.
(2) Décret du 11 août 1792. Art. 1er.
(3) Décret du 11 août 1792. Art. 15.
(4) Décret du 11 août 1792. Art. 14.
(5) Décret du 11 août 1792. Art. 3.

et la limite de la réparation quant aux meubles meublants à un maximum égal au double du revenu net sans qu'il puisse excéder deux mille livres,

Les décrets du 14 ventôse an II et du 17 vendémiaire an IV, vinrent encore réduire le champ d'application de la loi, en subordonnant l'obtention de l'indemnité à la présentation d'un « certificat de civisme » délivré à cette époque aux seuls amis du pouvoir. Ainsi restreint, le principe de la loi disparaissait.

Une loi du 19 Vendémiaire an VI relative aux dommages causés par « la guerre, la grêle, les incendies, les inondations et les épizooties », pendant l'an V et les années antérieures, accorde un simple secours et s'occupe de la répartition d'un crédit fixe voté dans ce but. Elle abroge en outre toute loi contraire sur le principe de l'indemnité. Il en fut sensiblement de même à la suite du décret du 5 prairial an XII. (1)

Tel était, en somme, l'état de la législation en 1814 et 1815 lorsque, sous la poussée irrésistible des peuples coalisés, l'empire, épuisé par ses victoires, s'écroula laissant après lui d'innombrables morts et d'immenses ruines.

De tous les points du pays s'élevèrent alors les plaintes et les réclamations des citoyens endommagés à la suite de ces catastrophes. C'étaient des paysans à qui avaient été enlevés des grains, ou du bétail, ou d'autres choses, nécessaires à la subsistance des armées nationales. Ailleurs, on réclamait par suite des dommages causés aux immeubles par la mise en état de défense, ou les effets de la lutte, dans les places de guerre. Dans les champs et dans les bois, les travaux faits à l'occasion du combat, ou le stationnement des troupes, avaient occasionné des préju-

(1) La source de notre documentation, du moins pour la législation et la jurisprudence relatives aux demandes en indemnité à la suite des invasions de 1814 et 1815, se trouve en un article de M .P. Collet dans la revue critique 1871-72. Tome 1, p. 447 et suivantes.

dices. Puis c'était le tir de l'artillerie ou de l'infanterie, c'était l'assaut qui avaient démoli les maisons et bouleversé les cultures. Et enfin, aprés la défaite, ç'avait été le pillage ! A cela s'ajoutaient tous les dommages causés par l'ennemi. Et de partout, et pour toutes ces causes, affluaient les réclamations.

Le Trésor public, d'autre part, était vide. Epuisée par de longues années de guerre, la France était sous la menace d'une crise financière effroyable. Le moment était mal venu pour incliner les ministres compétents à une interprétation extensive des obligations de l'Etat. Toutes les fois qu'un texte clair et positif n'imposait pas l'indemnité, les ministres la refusèrent. Leur décision de refus attaquée au Conseil d'Etat, dans tous les cas, ils conclurent pour le rejet du pourvoi. L'examen de la jurisprudence nous montrera que, la plupart, du temps ce fut cette solution restrictive qui prévalut. Nous aurons cependant à noter sur certains points de détail, postérieurement à 1870, une légère tendance à une moindre rigueur. Mais, malgré tout, nous verrons en ce premier chapitre, que le point de départ de la jurisprudence fut le refus de l'indemnité si elle n'était établie par un texte spécial.

SECTION I. — LA JURISPRUDENCE. (1)

I. — Dommages prévus par les textes spéciaux

A — *Jurisprudence relative à la loi du 8-10 Juillet 1791 sur les Places de Guerre.*

Nous avons vu tout à l'heure l'histoire législative du principe de l'indemnité.

(1) Désireux, malgré l'intérêt que cela pourrait présenter, de ne point compliquer nos exposés de Jurisprudence par la question de compétence, nous nous bornerons à noter qu'ici, comme en toute

Somme toute il n'existait qu'une loi spéciale qui reconnut un droit véritable à réparation complète : c'était la loi des 8-10 Juillet 1791 art. 38. Là, le texte était formel. Cependant, obéissant aux tendances des conclusions ministérielles, la Jurisprudence en donna une interprétation restrictive.

En premier lieu, elle exigeait que les dommages aient été causés par des mesures préventives, et non par des travaux fait en présence de l'ennemi. On peut lire, en effet, dans le recueil des arrêts du Conseil d'Etat par Lebon, à propos de l'arrêt Gervaise : « En principe le gouvernement ne doit pas d'indemnité pour les calamités qu'entraîne la guerre, mais seulement pour les mesures précautionnelles de défense. On conçoit effectivement que le propriétaire d'une maison que l'on détruit avant l'arrivée de l'ennemi, pour démasquer une ville de guerre et en faciliter la défense est fondé à obtenir une indemnité, car, il peut se faire que l'ennemi ne se présente pas, ou qu'il soit repoussé sans arriver jusqu'à l'emplacement de la propriété, ou enfin que la destruction de la propriété soit en définitive, inutile à la défense. On lui aurait donc dans ces trois cas causé un préjudice qui aurait pu être évité,et, dès lors, une indemnité lui est due. Si, d'ailleurs, la destruction de la propriété a été utile à la défense ultérieure, on lui doit encore indemnité puisqu'il a supporté d'avance et par précaution, une

matière contentieuse, se pose la question de savoir quelle est la juridiction capable de connaître de la matière.

1° Les arrêts ont répondu : que le Conseil d'Etat, était sous l'autorité du tribunal des conflits compétent pour déterminer si un acte dommageable donné présentait ou non les caractères du fait de guerre.

2° La loi du 15 juillet 1819 donnait compétence à l'autorité judiciaire pour l'application des indemnités prévues par la loi du 8-10 juillet 1791. En dehors de ce cas, il y a controverse. Certains arrêts affirment que, alors, la compétence doit être administrative (cf. 3 Mai 1872. Brac de la Perrière). N'y aurait-il pas place cependant ici pour la compétence judiciaire conformément aux tendances exprimées en la théorie de la « voie de fait » ?...

perte dans l'intérêt public. Telle a toujours été la jurisprudence du département de la guerre dans la liquidation de l'arriéré.

Mais quand il y a combat, il ne s'agit plus de mesures précautionnelles de défense, et toutes les pertes, tous les dommages, toutes les destructions, rentrent dans la catégorie des malheurs de la guerre, et ne donnent point ouverture à des indemnités sur le fond de mon département.

Or, du moment qu'une ville est investie par l'ennemi... le combat est réellement commencé. » (1)

Le Conseil d'Etat admit ces observations et rejeta la requête du sieur Gervaise. Il en avait été de même déjà en des hypothèses analogues. (2) Dans la suite la jurisprudence maintint cette condition. C'est ainsi qu'en 1872 le Conseil d'Etat refusait d'indemniser un sieur Bertin : « considérant que les dommages causés... par les mesures de défense prises par l'autorité militaire dans une ville assiégée ne rentrent pas dans les catégories de préjudices pour lesquels la loi du 10 Juillet 1791 accorde une indemnité ; » (3) Cette manière de voir fut confirmée par le Tribunal des conflits. (4)

Et même, non contente de repousser la demande en indemnité lorsque l'ennemi était présent, c'est-à-dire lorsque la ville était en état de siège, la jurisprudence écarta l'application de la loi de 1791 dès que le siège de la Place devenait « certain et imminent ». Voici en effet ce que disait le Conseil d'Etat, le 23 mai 1873, à propos d'une demande en indemnité formée par un sieur

(1) Observations du Ministre de la Guerre au sujet de l'affaire Gervaise. 7 Février 1834. Leb. p. 401.

(2) Cf. 22 janv. 1824 (Desèvre) Leb. p. 237 — S. 7. 2. 303. — 15 Mars 1826 (Dassy). Leb. p. 30.

(3) C. D. E. — 6 juillet 1872 (Bertin). Leb. p. 358. — De même 7 août 1835 (Forcataire) Leb. p. 135.

(4) Confl. 28 juin 1873 (Fristch.) S. 74. 2. 186. — Voir aussi 25 juillet 1873 (Descoins) Leb. p. 687.

de Lamotte dont un immeuble avait été démoli en vue de la défense de Paris, avant l'investissement de cette place, mais après le désastre de Sedan: «considérant qu'à raison de la certitude et de l'imminence de cet investissement, la destruction des bâtiments du sieur de Lamotte doit être rangée parmi les actes qui s'imposent comme une nécessité immédiate de la lutte et ne rentre pas dans les termes des articles 36, 37, 38 de la loi du 10 juillet 1791, qui n'accorde d'indemnité que pour les dommages résultant de mesures préventives de défense, ordonnées par le chef de l'Etat ou par un conseil de défense en vue de l'éventualité du siège d'une place...» (1)

Au contraire, lorsque l'ennemi était suffisamment éloigné de la place pour que, non seulement, elle ne fut point en état de siège, mais que, incontestablement, le siège ne fut ni imminent ni immédiat, la loi de 1791 s'appliquait. Il y avait indemnité réglée, depuis la loi du 15 juillet 1819, par l'autorité judiciaire. C'est ce que proclama le Tribunal des conflits. (-) D'autres conditions restrictives ont été énoncées dans certains arrêts, mais elles ne furent pas affirmées avec la même fréquence, ou même elles furent contredites par d'autres solutions d'espèces. Une de ces conditions était que le bien endommagé fut situé dans le rayon militaire de la place. (3) D'autres arrêts exigeaient que les dommages fussent prévus par les textes comme donnant lieu à indemnité, et par suite ne reconnaissaient aucun droit à réparation en raison des pertes mobilières

(1) Cf. C. D. E. 25 mai 1873 (de Lamotte) Leb. 455. — même date (Hérouard et Cie) Leb. p. 466. — 11 juillet 1873 (Cohen) Leb. p. 631. 19 déc. 1873 (Dufour) Leb. p. 954. — 13 mars 1874 (Collot) Leb. p. 259. — 1er mai 1874 (Defresne) Leb. p. 404.

(2) Conflits. — 13 mai 1872 (Brac de la Perrière) Leb. p. 299. — 11 janv. 1873 (Coignet, etc...) Leb. suppl. Sept. 1873 p. 12. — 1er fév. 1873 (De Pomereu) p. 51. — 1er mars 1873 (Resse) p. 76. — 15 mars 1873 (Fiereck) p. 91. — 28 juin 1873 (Dumont) p. 114 etc...

(3) C. D. E. 6 Déc. 1820 (Guével) Leb. 768.

(C. d'E. 7 Fév. 1834 Dengler) mais en sens contraire les arrêts Cavaré et Boiteux, notamment, reconnaissaient en principe la possibilité d'une indemnisation pour les préjudices mobiliers. (1)

Toutefois nous devons signaler encore une restriction légale au droit à indemnité, au cas où les propriétés détruites auraient été construites au mépris des servitudes militaires, sur les zones qui y sont soumises, et depuis l'établissement de ces servitudes (2).

B. — Régime des Réquisitions

A côté de l'hypothèse des dommages volontaires causés aux propriétés en vue de la défense des places en état de Guerre, une autre source de préjudice avait été prévue par des décrets et des lois, c'était l'entretien et la nourriture des armées françaises par voie de réquisitions. Il y avait là des dettes véritables de l'Etat, mais payables sur un fonds spécial et seulement jusqu'à concurrence des crédits. Tel était le régime instauré par les décrets du 11 Nov. 1813 — 29 Nov. 1813 — 8 Janvier 1814 — l'ordonnance des 13-16 Juin 1814 et la loi des 23-25 Septembre de la même année. Une ordonnance du 3 Juillet 1816 et la loi de finances du 25 Mars 1817, rétablirent ce fonds que les besoins financiers du pays avaient absorbé pour d'autres usages. Mais les particuliers qui avaient souffert des réquisitions et qui se présentèrent après l'épuisement de ce fonds se virent opposer une fin de non recevoir et s'entendirent répondre que « les contestations qui se rattachent à la distribution des crédits ouverts par les chambres législatives et à l'emploi qu'en font les ministres sous

(1) C D. E. 7 fév. 1834 (Dengler) Leb. p. 463. — En sens contraire 12 nov. 1823 (Cavaré) Leb. 415. — 20 mai 1838 (Boiteux) Leb. 49.

(2) Ordonnance du 9 déc. 1713 et loi des 8-10 juil. 1791. art 32 § 2

leur responsabilité ne peuvent être portés devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »(1)

Après les invasions de 1870, de nouveau surgirent les réclamations de particuliers qui avaient fourni, sur réquisition, des denrées pour la subsistance ou les besoins des armées françaises. La dette de l'Etat fut reconnue intégralement et sa liquidation fut régie par la loi du 15 Juin 1871. (2) La réquisition d'immeubles ou de certains objets dont l'administration de la guerre ne prenait possession que pour un certain temps, fut assimilée par la jurisprudence à une location forcée, et le propriétaire fut reconnu véritablement créancier de l'Etat. (3)

II. — Dommages non prévus par les Textes

En dehors de ces deux catégories d'espèces, les dommages devaient, en principe, être supportés par ceux qui les avaient souffert : que ce soient des individus ou des personnes morales administratives décentralisées.

A. — Dommages résultant de l'Etat de siège

C'est ainsi que la Jurisprudence repoussa le droit à indemnité pour tous les dommages occasionnés par les travaux de défense qui n'avaient pas été prévus par la loi de 1791.

Nous l'avons vu, il n'y a qu'un instant, à propos des dommages causés en vue de la défense des places fortes, durant l'état de siège, ou sous la menace certaine de

(1) C. D. E. 4 déc. (1835 Communes des Basses-Pyrénées) Leb. 226.

(2) 22 janv. 1875 (Commune de Villetrun) Leb. p. 67. — 9 janv. 1877 (Lecocq, Jouan etc...) Leb. p. 79.

(3) Cf. notamment pour les réquisitions d'immeubles : 2 mai 1873. (1er esp. Lecerf : 2e esp. Barthelemy). Leb. 1873. p. 369 — pour les réquisitions d'objets. C. D. E. 3 août 1877 (Bied) Leb. 1877. p. 800

l'iuvestissement. Les arrêts sont très nets et la raison de leurs refus se trouve dans ce que les articles 35, 36, 37 et 38 de la loi ne visent que l'état de paix ou l'état de guerre.

B. — Dommages résultant de travaux préventifs en dehors des places de guerre

C'est aussi en vertu de l'absence de texte que les Tribunaux repoussèrent en 1823 une demande en indemnité à raison des travaux de défense faits *sur un territoire autre que celui d'une place forte.* Ces travaux étaient cependant, à n'en pas douter, des travaux préventifs, mais on objecta au demandeur que la loi de 1791 ne visait que les places fortes. (1)

Une loi du 30 Mars 1831 relative à l'expropriation et à l'occupation temporaire, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux de fortifications, conçue en termes plus généraux, a aidé, sur ce point spécial, un revirement de la jurisprudence postérieure à 1870. (2) Et l'indemnité fut admise, à raison des dommages causés par les travaux de défense relatifs aux lignes de Carentan, quoique ces travaux préventifs aient été exécutés *en dehors du territoire d'une place de guerre.*

C. — Dommages resultant du combat ou des nécessités immédiates de la lutte

Il était logique dans ce système que les particuliers, en cas de dommages résultant du combat lui-même, fussent privés de toute réparation. L'attitude des administrateurs fut tellement nette à cet égard, que, au cours de nos

(1) 26 mars 1823 (Glairet) Leb. p. 345. — Il s'agissait en l'espèce de travaux faits par ordre du maréchal Soult sur les bords de la Nivelle pour protéger la retraite de l'armée venant d'Espagne.

(2) Confl. 1 fév. 1873 (de Pomereu) Leb. suppl. 54.

recherches dans la jurisprudence, nous n'avons trouvé aucun cas de recours basé sur une perte causée par le combat lui-même en dehors des places fortes, sauf la demande du sieur Faglin à qui, le 19 Janvier 1871, le jour de la bataille de Saint-Quentin, avaient été enlevés, par les troupes, des sacs de laine qui avaient servi à construire une barricade. Le Conseil d'Etat, saisi du recours contre la décision du Ministre de la Guerre qui refusait de reconnaître le droit à indemnité invoqué par Faglin, rejeta la requête. (1) Nous ne doutons pas que cet arrêt reflète fidèlement le système de la jurisprudence.

D'ailleurs sous l'influence de M. Laferrière, dont nous examinerons plus loin la doctrine, le Conseil d'Etat ne limita pas son refus de réparation aux actes dommageables du combat, mais l'étendit à tous les faits issus des nécessités immédiates de la lutte. (2)

Et ici les arrêts sont nombreux. Nous n'avons point la prétention de les citer tous, nous nous contentons d'indiquer : qu'il importe peu que le fait dommageable soit commis en prévision immédiate du combat et soit, par exemple, la conséquence de l'incendie d'une passerelle que l'on veut empêcher l'ennemi de franchir, le cas échéant, (3) ou consiste en dommages causés dans un bois ou dans une propriété particulière par les avant-postes, ou par le campement des troupes (4), ou même en l'obligation où s'est trouvé un individu de déménager des matières inflammables dangereuses pour la défense, (5) ou bien encore en la saisie et la vente à vil prix d'un trou-

(1) C. D. E. — 8 août 1873 (Faglin) Leb. p. 760.

(2) Laferrière, Traité de la juridiction administrative. — 2e édit. T. II p. 58.

(3) Conseil d'Etat 24 juillet 1874 (Berton) Leb. p. 720.

(4) 8 août 1872. (Pataille) Leb. 758. — 9 mai 1893. (Pesty-Rémond) Leb. p. 408

(5) 13 nov. 1874 (Huiles de Colombes) p. 861.

peau se dirigeant sur un point occupé par l'ennemi. (1) Peu importe de même que le dommage résulte du besoin de protéger la retraite et le rassemblement des troupes et qu'il consiste en la destruction volontaire : d'ouvrages d'art sur lesquels des compagnies ont des droits ; de matériaux, ou de denrées. (2)

Nous devons ajouter que postérieurement à 1870, la jurisprudence reconnut cependant que si, lors de la saisie des denrées, il n'existait aucun péril imminent de les voir tomber aux mains de l'ennemi, le propriétaire a droit à indemnité. (3)

Après le désordre du combat, par suite de l'indiscipline des troupes, peut surgir une nouvelle source de dommages : le pillage. Ici encore pas d'indemnité. Parmi les arrêts que nous connaissons nous pouvons citer deux des plus suggestifs, où l'on voit refuser tout droit à réparation à des fonctionnaires de l'Etat, victimes du pillage des troupes françaises, encor, que ces fonctionnaires invoquent à l'appui de leur réclamation, que ce fut par suite de l'accomplissement de leurs obligations professionnelles que ces dommages purent avoir lieu. (4)

E. — Dommages provenant de l'ennemi.

Cependant au cours d'une guerre, ce n'est pas seulement du fait des armées nationales que proviennent les dommages, mais encore, et pour une part peut être plus considérable, du fait de l'ennemi.

(1) 27 juin 1873 (Hervaux) Leb. 599.

(2) 11 Déc. 1874 (Compagnie du Pont de Meung) p. 981. — 12 mai 1876 (Cie des Ponts de Billancourt et de Bas-Meudon) D. 76. 3. 87. — 1er mai 1874 (Thinet) Leb. p. 406. — 30 juin 1876 (Lhotellier) p. 622

(3) 14 nov. 1873 (Darreau) S. 74. 2. 292.

(4) C. D. E. 9 juin 1830 (Pouchot) Leb. 620. — 10 août 1825 (Deschênes) Leb. p. 625.

En résumé, la jurisprudence durant tout le XIXe siècle a été unanime à proclamer que « hors les cas déterminés par la loi, les faits ordinaires de guerre ne donnent lieu à aucune indemnité » (1) de la part de l'Etat. (2) Cependant sous l'influence de certains auteurs et de M. Laferrière en particulier, la jurisprudence laissa fléchir son principe et admit indemnité en des cas non prévus par la loi : par exemple en matière de travaux de défense en dehors des places fortes, et de saisie et destruction de matériaux ou denrées, lorsque ces faits constituaient véritablement des mesures préventives. (3)

Nous devons ajouter que si l'Etat ne voulut pas permettre aux particuliers de s'adresser à lui comme créanciers à raison des dommages qu'ils avaient subis, il se reconnut le devoir de les secourir par des lois dites de dédommagement. Nous n'avons pas à examiner ces lois dans leurs détails, nous aurons bientôt à en discuter le principe lorsque nous examinerons la doctrine, nous nous bornons pour le moment à en signaler l'existence, afin de compléter cet apercu de la jurisprudence et de la législation.

(1). — Note sous Glairet. — S. coll. nouv. 7. 2. 188.

(2). — Au cours de notre étude de la jurisprudence nous n'avons relevé que les cas de faits de guerre relatifs aux hostilités sur le territoire français. La jurisprudence, cependant, applique les mêmes solutions aux dommages que peut causer l'occupation des pays étrangers par l'armée française. — Voir Conseil d'Etat 6 déc. 1839 (Bacri) S. 1837 2. 194. — 6 juill. 1854 (Bacri) D. 55. 3. 9. — 19 mai 1864 (Hérachidis) S. 64. 218. — 26 fév. 1886 (Saccoman) Leb. p. 173. — 7 août 1891 (Dame Roussel) Leb. p. 600. — 3 mars 1905 (Mante Frères et Borelli de Régis) Leb. p. 226. — 22 fév. 1907 (Le Chartier) Leb. p. 185. — La doctrine est dans le même sens. Voir notamment Aucoc — Conférences sur l'administration et de droit administratif. 2e édit. Tome 1. no 289 § III.

(3) — Arrêts de Pomereu et Darreau déjà cités. — Elle compensa d'ailleurs ces concessions par une appréciation plus restrictive des textes admettant l'indemnité à raison des mesures préventives. (Cf. arrêt Pesty-Rémond déjà cité).

La jurisprudence a écarté aussi tout droit à indemnité du fait de ces préjudices. Pour elle, ils rentrent dans la grande catégorie des malheurs de la guerre, des « faits de guerre accidentels » qui « ne peuvent ouvrir un droit à indemnité par la voie contentieuse » comme à l'envi le répètent les arrêts. (1)

F. — Contribution de Guerre et réquisitions de l'ennemi.

Pourtant il est certains faits dommageables que le particulier peut ne pas avoir, en dernière analyse, à supporter seul, et à propos desquels il lui fut reconnu un recours, sinon contre l'Etat, du moins contre les communes ou les départements. Cela se présenta dans l'hypothèse des Contributions de guerre et des réquisitions de l'ennemi. Il arrivait parfois que les municipalités frappées de contributions ou de réquisitions, au lieu de faire de suite la répartition entre les contribuables, préféraient s'adresser à un seul individu qui possédait les choses dont il était besoin. Parfois c'était aussi l'ennemi qui s'adressait directement au particulier.

Dès le début, la jurisprudence fut unanime à reconnaitre « que cette lourde charge incombe à la généralité des habitants et que, alors même qu'elle frappe individuellement un ou plusieurs d'entre eux, elle est réputée faite (il s'agissait en l'espèce d'une réquisition) sur la communauté, qu'elle exonère d'autant. » (2)

(1) Cf. par exemple : 27 avr. 1825 (Doumerc) Leb. p. 584. — 16 nov. 1825 (Schoengrun) Leb. p 660. — 22 fév. 1826 (Lebray) Leb. p. 17. — 29 août 1834 (Lambin) Leb. p. 584. — 11 fév. 1824 (Moget) Leb. p. 447. — 23 avril 1823 (Godot) Leb. p. 352. — 21 Juin 1895 (Roque). Leb. — p. 505

(2). Tribunal d'Angers 7 mai 1874 (Ligneul) Dalloz suppl. au rep. V° commune. p. 204 en note. Nous pourrions citer à ce sujet une multitude d'arrêts ; voir pour plus de renseignements pour les faits relatifs aux invasions de 1814-1815. p ; Collet op. cit. Sect. 5 et 6. — Dalloz suppl. au rep. loc. cit. pour les faits relatifs à celle de 1870.

Somme toute, les solutions des tribunaux se rapprochent sensiblement de celles que Vattel avait proposées : droit à indemnité pour les mesures volontaires de prévoyance, simple secours pour les dommages résultant des faits accidentels.

Mais si la jurisprudence nous montre la distinction qu'elle a posée entre les divers dommages résultant de la guerre, elle ne nous a pas donné, de façon certaine, ce nous semble, le critérium qui permet de les reconnaître et encore moins les principes juridiques sur lesquels elle se fonde pour admettre ou nier le droit à indemnité. C'est ce que nous chercherons dans l'étude de la doctrine.

Section II. — Apercu de la Doctrine relative aux faits de guerre

Les auteurs qui, au cours des cinquante dernières années, ont enregistré et approuvé les solutions de la jurisprudence, sont très nombreux, mais beaucoup d'entre eux n'ont consacré à cette étude que quelques lignes de leurs ouvrages. Il se sont contenté, en général, d'énoncer sans l'approfondir, l'idée par laquelle ils l'expliquent. Nous devons ajouter à leur décharge que l'irresponsabilité de l'état à raison des faits de guerre est considérée par ces auteurs comme un principe intangible du droit public moderne. A l'heure actuelle, rares sont ceux qui le contestent.

Cependant l'étude de la doctrine montrera, pensons-nous, que notre opinion, n'a rien d'exagéré, et que la théorie actuelle de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre ne repose sur aucun fondement solide.

Toute la matière que nous avons à examiner en ce mo-

ment est dominés par un auteur d'uns incontestable autorité : M. Laferrière. (1)

Ce fut lui, qui, au Conseil d'Etat, donna à la jurisprudence, dans les conclusions qu'il prenait en qualité de Commissaire du Gouvernement, la direction que nous avons constatée. Dans tous les travaux des autres commissaires du Gouvernement, et des auteurs contempo rains que nous avons été amené à parcourir, nous avons relevé la trace bien nette de la définition qu'il a donnée du « fait de guerre. »

M. Laferrière constatant la jurisprudence affirme que :

« En ce qui touche les faits de guerre, il est de principe que les pertes et dommages qu'ils occasionnent, soit qu'ils proviennent de l'ennemi, soit qu'ils résultent des nécessités de la défense nationale, ne peuvent donner lieu à aucune réclamation d'indemnité. La nation seule peut décider, par l'organe de ses représentants, dans quelle mesure elle croit juste et possible d'indemniser ceux que la guerre a le plus cruellement éprouvés. Elle a pleine liberté à cet égard, et le trésor public ne saurait être engagé sans son aveu ». (1) Et l'auteur invoque à l'appui de ce principe l'autorité de Grotius, de Vattel et du président Thiers. Le principe de l'indemnité ne donne lieu à son avis à aucune décision contentieuse. Une loi peut seule régler le principe, la quotité et le mode d'indemnisation. Et le réglement des secours ainsi déterminés ne peut, pas plus que le principe, faire l'objet d'un recours, sauf en cas d'excès de pouvoir.

Ainsi donc, l'auteur enregistre sans hésitation le principe de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de

(1) cf. Laferrière. — Traité de la Juridiction administrative. — 2e édit. tome II p. 53 et suivantes. Voir aussi parmi les conclusions qu'il déposa au Conseil d'Etat, celles relatives à l'affaire Pesty-Rémond. — 9 mai 1873 dans Lebon page 409.

(1) Laferrière. — Loc. cit.

guerre comme une règle incontestable. Mais par la force des choses il arrive sur un terrain plus mouvant : celui de la définition du fait de guerre.

A ce point de vue, il groupe les opinions diverses sous trois systèmes.

« ... D'après un premier systéme, le fait de guerre consisterait essentiellement en un fait accidentel de force majeure, excluant de la part de l'autorité militaire toute libre délibération, s'imposant à elle avec autant de force qu'au citoyen qui la subit. La spontanéité de l'acte, et en quelque sorte sa fatalité, seraient d'après ce système, le caractère distinctif du fait de guerre : une construction détruite par l'artillerie, un champ ravagé par une charge de cavalerie, un mur crénelé ou renversé, une tranchée creusée sur le lieu du combat pour abriter les combattants ou leur faciliter un changement de position, tels sont les exemples de faits de guerre que citent les partisans de cette opinion... »

« D'après une seconde opinion on ne doit pas refuser a priori le caractère de fait de guerre aux actes réfléchis et raisonnés de l'autorité militaire. Le fait de guerre comprend, indépendamment des cas de force majeure, toutes les dispositions prises, *toutes les mesures ordonnées par l'autorité militaire en vue des opérations stratégiques*, dont elle a la direction, ces mesures ne fussent-elles que de simples actes de prévoyance. »

Entre les deux opinions extrêmes se place un troisième système qui refuse lui aussi de prendre la spontanéité et la fatalité de l'acte comme critérium du fait de guerre, mais qui ne va pas aussi loin que l'opinion précédente dans la généralisation du fait de guerre ».

Les partisans de ce système mixte admettent que de simples dispositions stratégiques peuvent constituer des faits de guerre mais à condition qu'elles se produisent pendant la période d'action militaire, sur le théâtre de cette action et qu'elles aient avec elle un lien direct et

immédiat et non des relations purement contingentes».(1)

Pour M. Laferrière le fait de guerre est donc : un fait résultant de la lutte ou des nécessités immédiates de la lutte. Il s'ensuit que ne sont pas faits de guerre : les opérations préparatoires telles que l'approvisionnement, la mobilisation, la concentration, les transports d'équipages ou de troupes, les marches et manœuvres ; ni les mesures préventives de défense prises dans les places, à leurs abords, ou aux points stratégiques ; ni enfin les réquisitions militaires.

Au contraire, on doit considérer comme faits de guerre : les dommages qui proviennent du fait de l'ennemi, (ils présentent en effet un caractère bien net de contrainte) ceux qui résultent de la rencontre des armées sur le champ de bataille et aux abords, toutes les occupations et destructions opérées pour la défense des places de guerre pendant l'état de siège spécial prévu par les lois des 8-10 Juillet 1791, et en général tous les faits se rattachant aux nécessités immédiates de la lutte (1) et l'auteur se résume en disant : « en dehors du combat et du siège, il y a pour les places de guerre comme pour les armées : soit des mesures purement préventives qui donnent droit à indemnité soit des mesures imposées par les nécessités immédiates de la lutte, par l'imminence du siège et du combat qui suppriment ce droit par ce qu'il constituent des faits de guerre. » (2)

Cette théorie relative aux caractères généraux du fait de guerre a le mérite d'être une théorie moyenne, éloignée des solutions extrêmes, c'est ce qui, après 1870, lui attira les faveurs de la Jurisprudence et des auteurs. (3)

(1) Laferrière. Conclusions précitées.

(2). — Laferrière. Traité de la Juridiction administrative - loc. cit. P. Fiore « Des dommages causés par la guerre » art. trad. par M. Antoine. France judiciaire T. 10. années 1885 et 86 p. 191

(3) Notamment Aucoc. Conférences sur l'administration et le droit administratif. T. I. N° 289.

C'est encore cette théorie que nous trouvons exposée dans certains répertoires de Jurisprudence. (1)

Pour notre part nous la préférons, comme moins extensive et en conséquence plus équitable, au second système qui fut cependant celui de la jurisprudence primitive (arrêt Glairet) exposé encore dans le répertoire de Dalloz qui dit à ce sujet « Quant aux caractères des faits de guerre la loi ne les a point déterminés et c'est au juge de les apprécier. En général ils se trouvent dans tous les actes, émanés même des français, qui sont exécutés sur l'ordre des chefs militaires dans l'intérêt de la défense du pays. » (2) Laurent de son côté lorsqu'il vient à traiter cette question, adhère à la même opinion. (3)

Pourtant, malgré la haute autorité de M. Laferrière et malgré la propension de la saine raison à adopter en pratique les solutions transactionnelles, nous ne pouvons empêcher de reconnaître qu'il est dans la doctrine actuelle une tendance marquée à revenir au premier système qui voit dans le fait de guerre « un fait accidentel de force majeure excluant de la part de l'autorité militaire toute préméditation, toute libre délibération s'imposant à elle, avec autant de force qu'un citoyen qui la subit. » (1) C'est l'idée que soutenait M. Féraud-Giraud lorsqu'il disait que la guerre et l'invasion sont des cas fortuits, mais que « au point de vue des conséquences légales des faits de guerre... on a fait une distinction... entre ceux qui sont le résultat direct et imprévu de la lutte et ceux qui se rattachent en quelque sorte à des mesures d'administration. » (2) L'ennemi, d'après lui, n'est

(1) cf. Répertoire du droit administratif de Béquet et Dupré V. Etat de guerre p. 143 Ch. II. Sect. V N° III et Fuzier Hermann. V. compétence administratif — faits de guerre N° 729.

(2) Répertoire Dalloz. V. Guerre 587. § 3

(3) Laurent. Principes de droit civil français. T. XX N° 459.

(1) Laferrière conclusions citées.

(2) Féraud Giraud : Recours à raison des dommages causés par la guerre, N° 53.

tenu à aucune réparation pour les dommages dont il est l'auteur. Le recours refusé aux victimes de la guerre leur est également refusé contre leur propre gouvernement. » (1) Quant aux « mesures, résultant de cas fortuits et imprévus subis par suite de force majeure, prises par un officier français, obéissant lui-même aux nécessités de la guerre, elles ne donnent pas lieu à recours ni à indemnité. » (2) Mais « si au lieu de souffrir d'un cas fortuit, d'une mesure imposée par la force majeure, l'habitant éprouve un dommage volontairement arrêté et exécuté, ayant un caractère préventif, c'est-à-dire prise en l'absence de l'ennemi, en prévision de son arrivée prochaine, dans l'intérêt de la défense nationale, par une autorité française civile ou militaire, sur le territoire français, ces dommages devront être réparés. » (3)

Cette opinion qui fait du caractère de force majeure le criterium de la distinction du « fait de guerre » est admise maintenant par nombre de bons esprits parmi lesquels nous citerons Messieurs Berthélemy (4), Teissier (5) et Michoud. (6)

M. Laferrière reprochait à cette opinion d'être trop restrictive. Nous pensons que ce n'est pas un défaut, bien au contraire ! En effet une des règles essentielles de l'organisation juridique moderne n'est-elle pas l'inviolabilité de la propriété privée ?— On répondra sans doute que le droit propriété privée n'est inviolable que dans la mesure où il n'a pas été limité par la loi. —· Nous le

(1) Féraud Giraud : Recours à raison des dommages causés par la guerre, N° 57.

(2) Féraud Giraud : Recours à raison des dommages causés par la guerre. N° 65.

(3) Féraud Giraud N° 66.

(4) Berthélemy. — op. cit. — p. 102.

(5) Teissier· — op. cit. p. N° 113.

(6) Michoud. — (Annales de l'Enseignement supr. de Grenoble T. I 1889 p. 323 et suiv.) « Des actes de Gouvernement ».

concédons volontiers, mais une des règles essentielles de l'interprétation juridique n'est-elle pas que toute exception doit être restrictivement entendue ? Il nous semble que c'est là chose incontestable, et que le reproche fait à cette opinion d'être trop restrictive est un peu hasardé.

Mais, ajoutait M. Laferrière : « La doctrine qui ne voit le fait de guerre que dans l'acte fatal, l'agression brutale et qui croit être logique parce qu'elle est absolue, cette doctrine sépare arbitrairement les parties d'un même acte. » (1) Cette distinction ne nous semble cependant pas plus arbitraire que celle qui consiste à dire d'un acte préventif qu'il sera fait de guerre parce que l'arrivée de l'ennemi est imminente, tandis que tel autre ne sera pas fait de guerre parce que cette arrivée n'est que possible.

Est-ce que ces deux mesures ne sont pas prises l'une et l'autre en vue de l'exécution de la défense nationale ? — Est-ce que l'une de ces deux mesures est moins pesée, moins volontaire que l'autre ? — Est-ce que l'une et l'autre ne tendent pas à repousser l'ennemi ?

Raisonablement on ne peut le nier. Et si l'on peut dire c'est « détourner les mots de leur acception usuelle et naturelle » que de dire que seul l'acte imposé par la force majeure est un « fait de guerre », on peut aussi prétendre que l'action d'appeler « fait de guerre » certains actes accomplis en vue d'un danger plus imminent, tandis que d'autres faits, réalisés aussi en vue de la guerre, seront simplement dénommés : mesures préventives ; détourne tout autant l'expression « fait de guerre » de son acception naturelle et usuelle.

Au fond de tout ceci il n'y aurait qu'une querelle de mots s'il ne s'agissait en réalité de déterminer dans quelle mesure l'Etat est irresponsable des risques de la Guerre.

La Jurisprudence entend par « fait de guerre » les dommages dont l'Etat est en principe déclaré irresponsa-

(1) Laferrière. — Conclusions précitées.

ble, et, somme toute, cette question de définition du concept de fait de guerre se confond avec la question des limites du principe de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par la Guerre.

Nous venons, il y a quelques instants d'exprimer notre préférence au sujet de l'étendue de ces limites. A notre sens, si le principe de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre doit être reconnu, nous croyons plus équitable de restreidre au maximum le concept du « fait de guerre ».

Mais avant de songer à appliquer et limiter le principe, encore faut-il examiner s'il peut être considéré comme juridiquement existant.

Le Principe de l'irresponsabilité a raison des faits de guerre

Son origine historique

Dans l'introduction que nous avons placée au début de cette monographie, nous avons pu constater que les administrateurs qui étaient invités par les principes révolutionnaires à faire une large part au droits individuels avaient, sous la poussée des idées traditionnelles, tendu au contraire dans la pratique, à restreindre cette responsabilité au minimum. Le premier stade de cette pratique fut la responsabilité : pour les actes de gestion, l'irresponsabilité pour les actes de pure administration ou d'autorité. C'est à cette tendance, croyons-nous, que nous devons faire remonter la notion de l'irresponsabilité de l'Etat en raison des dommages causés par la guerre. Comme le dit un annotateur du Sirey (a propos de l'arrêt Glairet que nous avons rapporté plus haut) » : il est de règle que hors les cas déterminés par les lois les faits ordinaires de guerre ne donnent lieu à aucune indemnité ». (1)

(1) Note sous Glairet, (Sirey 7. 2. 188).

C'est dans cette origine que nous trouvons aussi l'explication de cette expression de « faits de guerre » pour désigner les faits relatifs aux opérations militaires à propos desquelles ne peut être, d'après la jurisprudence primitive, soulevée la question de responsabilité de l'État. C'est pourquoi la jurisprudence ainsi que nous l'avons vu, n'admit d'indemnité que dans les hypothèses prévues par la loi de 1791 restrictivement interprêtée, ainsi que dans les cas de réquisitions, régis par des textes spéciaux.

Le principe de l'irresponsabilité perdit de sa netteté lorsqu'on voulut dans la suite voir dans la loi de 1791 une application spéciale du systéme de Vattel qu'on étendit alors à tous les cas de dommages issus de la guerre.

Cependant pour qu'une idée puisse produire des effets vraiment juridiques, il ne suffit point quelle soit appliquée par une jurisprudence historiquement explicable, fut-elle même conforme à la théorie d'un auteur rèputé ; il faut qu'en allant au fond des choses, on trouve à sa base des notions véritablement juridiques.

Il nous semble que la jurisprudence ne se rapporte point à ces notions de façon générale, tandis la doctrine ne fait que les indiquer sans les approfondir.

Sa base Théorique

I. — Les auteurs les plus anciens font découler l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre du principe de la souveraineté de l'Etat, et disent : l'Etat est irresponsable des faits de guerre parce que ces faits font partie de la catégorie des actes de gouvernement qui par définition ne sont point susceptibles d'un recours contentieux devant le conseil d'Etat.

II. — D'autres auteurs survinrent dans la suite qui contestèrent la valeur juridique de cette doctrine et

mettant les « faits de guerre » au même niveau que tous les autres faits dommageables résultant de l'exécution des services publics, proclamèrent que si le principe de la responsabilité de l'Etat qu'ils avaient vu éclore de la jurisprudence nouvelle sous l'irrésistible poussée de l'équité, ne s'appliquait pas en l'espèce ; c'est que ce qu'on appelait faits de guerre était purement une résultante de la « force majeure. »

C'est à l'examen de ces théories que consacrerons les chapitres suivants.

CHAPITRE II.

Les « Faits de guerre » constituent-ils des actes de Gouvernement ?

Certains auteurs ont prétendu que les faits de guerre constituaient des actes de gouvernement et leur prétention est très naturellement explicable, si l'on songe qu'à l'origine, la notion d'acte de gouvernement a pu correspondre à cette définition de M. Dufour : L'acte de gouvernement est « l'acte par lequel les administrateurs ont eu pour but de défendre la société prise en elle-même ou personnifiée par le gouvernement. contre ses ennemis extérieurs ou intérieurs. avoués ou cachés, présents ou à venir. » (1)

Le fait de guerre, l'acte de lutte, les nécessités qui s'y rapportent ne peuvent-elles pas paraître en effet rentrer dans cette définition ? — Il nous semble que, à première vue, on peut répondre oui, et nous apercevons alors comment il se fait que M. Aucoc, tout en repoussant la formule de M. Dufour, a pu les comprendre dans son énumération des actes de gouvernement et dire : « Les faits de guerre, les dommages que peut causer l'occupation des pays étrangers par l'armée française, ou ceux qui résultent des nécessités immédiates de la lutte sur le territoire français, ne peuvent non plus donner lieu à des demandes d'indemnités portées devant la juridiction administrative. « (2) M. Laferrière de son côté voit dans les faits de guerre une variété des actes de gouvernement, (3) et

(1) Dufour. — Droit administratif. t. IV p. 600.

(2) Aucoc. — Texte déjà cité.

(3) Laferrière. Traité de la Juridiction administrative. — T. II. p. 52 et suivantes.

M. Hauriou les inscrit en bonne place, dans « l'énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du tribunal des conflits » où l'on doit chercher ces actes de gouvernement. (1)

Toutefois si nous pouvons saisir l'origine et l'explication naturelle de l'opinion de ces auteurs, nous en apercevons moins nettement la justification juridique, et nous croyons en toute sincérité que la théorie qu'ils soutiennent doit être considérée comme erronée. Nous pensons en effet (et nous espérons le démontrer) que l'existence, en droit français d'une catégorie d'actes dits de gouvernement, qui seraient par leur nature même, au dessus des recours sanctionnant l'observation des lois, est un fait sérieusement contestable.

D'ailleurs, en admettant qu'il existe des actes de gouvernement, nous verrons que de sérieux auteurs, moins absolus que la jurisprudence qui nie recours tout en indemnité à raison des actes de gouvernement, admettent la possibilité d'une action devant les tribunaux judiciaires en cas de violation du droit de propriété.

Nous constaterons ensuite que s'il pouvait être incontestablement établi que la direction des services de la défense nationale doit être rangée au nombre des attributions gouvernementales, il serait encore loin d'être prouvé que les actes particuliers réalisant l'exécution de ces services, doivent, nécessairement, participer à cette nature gouvernementale. D'autre part, ceci même étant admis, il serait incompréhensible de voir faire un triage parmi les actes d'exécution de la guerre, en les faisant rentrer ou non parmi les actes de gouvernement, selon leur effet plus ou moins immédiat.

Nous pensons toutefois n'avoir pas à faire ces concessions, car nous aurons à noter au cours de notre étude critique de la théorie de l'acte de gouvernement, que la

(1) Hauriou. — op. cit. 7° édit. p. 78.

plupart des auteurs qui, à l'heure actuelle, persistent à la soutenir, n'admettent plus que s'y rattache la catégorie des faits de guerre.

Origine de la Théorie.

L'histoire de la théorie des actes de gouvernement est intimement liée à celle du contentieux administratif. Comment d'ailleurs en serait-il autrement, puisque le seul intêret appréciable de cette théorie, consiste dans la négation du recours à propos d'un certain nombre d'actes du pouvoir exécutif. En chercher l'origine, c'est donc, d'une certaine façon, étudier dans ses grandes lignes l'histoire du contentieux.

Il est notoire, dans les milieux où s'étudie le droit administratif, que durant la première période de l'évolution politique française, en cette époque d'élaboration des organismes nouveaux, il n'était point de recours contentieux. Quiconque avait à se plaindre des conséquences d'un acte administratif, s'adressait à l'auteur de l'acte, ou à ses supérieurs hiérarchiques et s'efforcait d'obtenir, de leur bienveillance et de leur équité, le retrait de la mesure qui froissait leurs intérêts, ou une indemnité pour l'acte dommageable qui lésait leurs droits. C'était alors le régime du recours administratif dans toute l'acception du terme. Il est de toute évidence que sous cette organisation, les administrateurs libres d'admettre ou non les demandes qui leur étaient présentées, n'avaient besoin d'aucune théorie pour soustraire au recours les actes qu'ils pensaient utiles au fonctionnement de l'Etat. (1)

Dans la période postérieure, malgré les modications que subirent les organismes administratifs par suite des constitutions diverses qui se succédèrent, malgré la ten-

(1) Le Courtois. Des actes du Gouvernement. — Thèse Poitiers. — 1898-99. Chapitre III p. 51 et suivantes.

dance naissante à la juridictionalisation des recours contentieux, nous ne trouvons, dans la doctrine ni la jurisprudence, aucune trace sensible de théorie, avant 1830.

Il n'y a que des décisions d'espèces entre lesquelles la jurisprudence semble n'avoir établi aucun lien.

Jusqu'à la Restauration en effet le rôle du Conseil d'Etat fut secondaire et consultatif. On appliquait encore à cette époque le principe de la justice retenue.

Mais après la Révolution de Juillet, le Roi abandonna petit à petit ce principe et le Conseil d'Etat en reconnut l'abandon (1) par une grande modération. « Il sut, dit M. Le Courtois, faire « la part du feu » éviter les empiétements sur les autorités voisines, rester dans les limites d'attributions pourtant mal définies, et suppléer à des définitions devant lesquelles les législateurs avaient reculé. » (2)

Le Conseil d'état repoussant alors la règle en vertu de laquelle les actes du chef de l'Etat, délibérés en Conseil d'Etat, échappaient à tout recours contentieux, compensa cette innovation en soustrayant aux recours les actes les plus graves. Déjà, comme nous l'avons signalé, quelques décisions étaient intervenues en ce sens, relatives à des actes de souveraineté, (3) présentant un intérêt politique (4) ou diplomatique (5). Pour faire cette

(1) Comme nous le notons ce n'est que « petit à petit » que le principe de la justice retenue s'atténua puis disparut pratiquement. La juridiction administrative ne possède définitivement de pouvoir propre que depuis la loi de 1872. — Sous la République de 1848 on le lui avait bien reconnu, mais cette concession fut aussi éphémère que le pouvoir qui l'avait concédé.

(2) Le Courtois. — op. cit. p. 53.

(3) C. D. E. 17 juin 1818 (Beauvillard) Leb. 373. — 1er mars 1826 (Witalé) p. 24 de Lebon. — 25 octobre 1826 (Vanderberghe) Leb. III.

(4) C. D. E. 1er mai 1822 (Laffitte) Leb. 202. 29 janv. 1823. (Defermon) Leb. 314.

(5) C. D. E. 22 janv. 1823 (Fain) Leb. 310 p. — 23 juillet 1823 (Murat) 390. — 24 mars 1824 — (Nueva Velox Mariana) Leb. p. 457.

« part du feu » le Conseil d'Etat développa sa jurisprudence, multiplia les hypothèses, et cela sous tous les régimes. (1) La matière de la théorie était créée, il ne fallait plus que des auteurs qui vinssent grouper et systématiser les espèces, nous allons voir en parcourant la doctrine que ce ne fut point ce qui manqua.

Exposé Critique des diverses Opinions de la doctrine.

A. — Théories affirmatives des actes de gouvernement.

Monsieur de Cormenin disait : (2) « Il ne faut pas que le gouvernement soit garotté dans sa marche car l'indépendance du gouvernement n'est pas moins nécessaire dans l'intérêt général que l'indépendance de la justice dans l'intérêt privé. » C'est de l'idée de cette nécessité d'indépendance du gouvernement qu'était issue la jurisprudence, c'est aussi de là que naquit la doctrine que les auteurs ont coutume de dénommer la théorie du mobile « Ce qui fait l'acte de gouvernement c'est le but que se

(1) A ce point de vue les arrêts ne font point défaut. Citons entre autres dans Lebon :

12 déc. 1834 (Argenton) Leb. p. 639. et 5 espèces analogues. — 4 mai 1835 (Attal) p. 109. — 6 déc. 1836 (Coën-Bacri) p. 465. — 7 mars 1838 (Ben Merdolay). p. 416. — 5 déc. 1838 (Huit arrêts relatifs à la famille Napoléon) p. 642. — 22 août 1839 (héritiers Bonaparte) p. 459 — 22 août 1844 (Prince Louis-Napoléon) p. 508. — 5 janv. 1847 (Courson) p. 1. — 6 juill. 1854 (Bacri) D. 55. 3. 9. — 26 fév. 1857 (Cohen) Leb. p. 167. D. 57. 3. 81. — 4 juill. 1862 (Simon) Leb. p. 331. — 8 fév. 1854 (Chevalier) Leb. p. 90. — 14 mars 1873 (Goulet) Leb. 253. — 23 juill. 1875 (Villebrun) D. 76. 3 29. — 28 janv. 1876 (Dubern et autres — La Solidarité) Leb. p. 72. — 26 fév. 1886 (Saccoman) Leb. 173. — 17 fév. 1888 (Crévost) D. 89. 3. 45. — 10 fév. 1893 (Thubé Lourmand) D. 94. 3. 35. — 10 déc. 1897 (Renaud) D. 99. 3. 30. — 18 mars 1898 (Conseil Général du Sénégal) D. 99. 3. 51. — 3 mars 1905 (Dame Ravero) D. 1906. 3. 47.

(2) De Cormenin. Questions de Jurisprudence administrative T. I. p. XIII p. 152.

propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement... Le chef de l'Etat, dans la sphère de ces mesures suprêmes, n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander. Sa force est dans l'autorité dont il est investi comme souverain ; il se suffit à lui-même, et son frein ne peut être que dans la responsabilité gouvernementale ; les citoyens n'ont de protection à chercher que dans la garantie constitutionnelle. » Telle est exprimée, par M. Dufour. (1) cette premiére théorie. Elle montre la persistance, au sein de l'organisation issue de la Révolution, des idées d'autorité transcendante, de souveraineté, qu'avaient, malgré tout, transmis aux générations nouvelles, les antiques disciplines de l'Ancien Régime. Dans le même sens, M. de Gérando concluait en soustrayant à tout recours ; « toute mesure de gouvernement prise hors de la sphère des intérêts privés et dans la seule considération des intérêts politiques extérieurs ou intérieurs de l'Etat. (2) »

Certes, ces idées étaient tentantes pour des hommes qui se piquaient de « restaurer »en France l'ordre et l'autorité La jurisprudence les admit (3) pendant longtemps (jusque vers 1875) mais ensuite elle les repoussa (4),et avec raison

(1) Dufour. — Droit Administratif. — T. IV. p. 600.

(2) De Gérando : Institutes de droit administratif français. p. 99 § II. — Voir dans le même sens : Vivien : Rapport sur la loi du 3 Mars 1849. — Serrigny : compétence administrative. Vol. I. p. 59. Aucoc : Conférences T. I. p. 12.

(3) C/D. E. — Notamment : 1er mai 1822 (Lafitte) Leb. p. 202. — 22 août 1844 (Louis Napoléon) p. 508. — 29 janv. 1876 (Dubern et autres). — Leb. p. 72.

(4) C. D. E. 19 fév. 1875 (Gérôme Napoléon) D. 75. 3. 18. — Conflits : 15 nov.1880 (Congrégations) D. 80. 3 121.— 20 mai 1887. (Princes d'Orléans de Murat) D. 88. 3. 105. — 1er fév. 1889. (Traitements éclésiastiques) D. 89. 1. 17.

pensons-nous, car le régime administratif français actuel repose sur le principe essentiel de la subordination des administrateurs à la loi. Sur quelle idée juridique peut-on fonder le système contraire ?— Sur la nécessité politique ?... Mais alors c'est la porte ouverte à toutes les violations du droit ! Aucune théorie ne serait plus dangereuse ! Cela est tellement évident que nul auteur ne la professe plus. M. Hauriou (1) l'avait reprise sous une forme nouvelle : voyant l'acte de gouvernement dans celui qui aurait eu pour but d'assurer « le maintien de l'unité politique » tandis que l'acte d'administration serait destiné à assurer la marche des services publics ». Mais dans une édition suivante de son ouvrage l'auteur lui-même l'abandonna(2). Cette seconde expression de la théorie concevait d'ailleurs l'organisation de l'Etat d'une façon particulière et contestable.

Les auteurs abandonnèrent donc cette théorie de la raison d'Etat et cherchèrent ailleurs le critérium de l'acte de gouvernement. Généralement, dans les traités de droit administratif, pour bien marquer la différence de leurs idées avec la doctrine précédente, on les expose sous le titre de : théorie de la nature de l'acte.

Nous n'emploierons point ici ce procédé, qui semble obéir plutôt à un désir de symétrie dans l'exposition, qu'à la réalité.

Nous ne doutons pas un seul instant en effet que les auteurs partisans de la théorie du mobile n'aient cru, tout aussi fermement que leurs successeurs, analyser un des éléments les plus essentiels de l'acte, en étudiant la fin qu'on lui assignait, le but dans lequel on l'exécutait. Il sera d'ailleurs facile de constater que, dans nombre de théories que nous allons voir, le critérium proposé

(1) Hauriou. op. cit. 3° édit. p. 8 23. 283.
(2) Hauriou. op. cit. 4e édition. p. 296.

ne consiste pas plus, peut-être même pas tant, en un caractère tiré de l'essence même de l'acte.

Cela n'est-il pas vrai de l'idée de M. Graux (1) qui trouve des actes de gouvernement dans tous actes approuvés « par le vote d'ordre du jour des deux chambres » et de l'opinion de M. Labbé (2) qui pense que « après un tel vote purement négatif, l'acte reste ce qu'il est un acte arbitraire » mais que « le pouvoir législatif doit couvrir par une décision formelle l'irrégularité commise et s'approprier la mesure prise au nom de l'intérêt général » Si comme M. Labbé nous n'admettons point l'opinion de M. Graux, nous ne pouvons pas plus admettre que le législateur intervienne dans les actes du pouvoir exécutif. Ce serait à notre avis contraire aux règles de notre organisation politique. Comment concilier en effet une pareille solution avec le principe de la séparation des pouvoirs et celui de la non rétroactivité des lois ?

D'autres auteurs ont cherché à analyser plus profondément les choses ; et ont essayé de justifier leur théorie en distinguant en face de l'autorité administrative, une autorité gouvernementale de nature différente. Toutefois, à voir seulement leurs définitions, nous doutons qu'ils y soient parvenus.

Monsieur Esmein (3) voulant exprimer la différence qui existerait entre ces deux autorités dit : « La Société politique est comme une machine puissante et compliquée : le gouvernement est le moteur : les fonctionnaires de l'administration sont les organes de transmission et les rouages de la machine. »

(1) G. Graux. — « Des Communautés religieuses devant la loi ». — Revue libérale fév. 1883. p. 195. — (Cité par Laférière T. II. chap. I. p. 29 note 1. qui repousse cette opinion car dit-il : « des ordres du jour ne sont pas des lois. »)

(2) Labbé. — Note dans Sirey 76. 2. 297.

(3) Esmein : Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 3e édit. p. 19.

Mais la généralité des auteurs ne se contente pas d'une comparaison en guise de solution du problème. (1) Dans ce système, en effet, les actes les plus divers pourraient être considérés comme actes de gouvernement, car on peut dire que tous les actes du pouvoir central découlent de son rôle de moteur. D'ailleurs le moteur véritable de la société politique nous semble plutôt le Parlement (ou même, plus exactement, la majorité du Parlement) que le gouvernement. — M. Batbie de son côté écrit : « Il n'est pas toujours aisé de tracer la ligne de démarcation entre le pouvoir politique et le pouvoir administratif. Mais ordinairement, le premier procède par voie d'impulsion générale, et s'il fait quelque acte déterminé c'est qu'il s'agit d'une grande mesure qui entraînera des conséquences trés importantes. Le rôle de l'administration consiste le plus souvent dans des attributions de détail auxquelles le chef du gouvernement ne s'applique que rarement. » Ce serait donc l'importance de l'acte et sa généralité qui serviraient de critérium pour établir s'il émane de l'autorité gouvernementale ou de l'autorité administrative. Il nous semble que c'est encore cette idée autour de laquelle les auteure se sont le plus communément rallié. Pour M. Chauveau (2) sont actes de gouvernement : « Parmi les actes accomplis par le Pouvoir exécutif, ceux qui ont l'importance la plus considérable au point de vue de la direction des affaires de l'Etat. » Quel critérium imprécis ! La généralité et l'importance d'un acte !... Mais cela doit varier avec chaque auteur !... C'est ce qui est advenu dans la réalité. Après avoir exposé la manière dont il distinguait le gouvernement de l'administration, chaque auteur eut recours pour préciser son critérium à une énumération.

(1) Batbie. — T. II, p. 5. N° 7. — Traité théorique et pratique de droit public et administratif.

(2) Chauveau. — T. I. p. 2.

Tandis que M. Chauveau en dressait une fort longue qui comprenait : les ordonnances, règlements généraux d'ordre, police et sûreté ; les traités, conventions et capitulations militaires ; les rapports officiels entre agents du pouvoir exécutif pour l'amélioration des affaires publiques ; les nominations, distinctions et tous actes se rapportant à la discipline des fonctionnaires ; on voit les autres auteurs appliquer leur critérium personnel de façon particulière et il en résulte qu'aucune énumération n'est semblable à sa voisine.

Pour M. Laferrière (1) « administrer : c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner : c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du gouvernement avec les chambres, ceux de l'Etat avec les puissances étrangères ». Et en conséquence il arrête sa liste en y comprenant les actes relatifs : 1° aux rapports du gouvernement avec les Chambres ; 2° à certaines mesures de sûreté intérieure ; 3° à la sûreté extérieure de l'Etat (diplomatie) ; 4° aux faits de guerre.

M. Aucoc de son côté pense que « le Pouvoir exécutif fait acte de gouvernement quand il exerce les attributions qui lui sont données par la Constitution et les lois pour veiller à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, quand il entretient des relations avec les les puissances étrangères, quand il dirige les armées de terre et de mer sur les points où leur présence paraît nécessaire, quand il fait la guerre ou la paix. Les relations avec les autres organes de la puissance publique, l'impulsion générale donnée aux agents de l'autorité administrative sont aussi affaire de gouvernement ». (2)

(1) Laferrière. — op, cit. T. II p. 33.

(2) Aucoc. « Conférences de droit administratif ». — T. I. n° 4. p. 11, 12 et 38. p. 92.

Quant à M. Marie, il écarte du contentieux administratif « certains actes dits de gouvernement et de haute police, peu fréquents et assez aisés à reconnaître, actes délibérés en conseil des ministres et qui intéressent la politique générale, l'action diplomatique, l'interprétation ou l'application des traités, les pouvoirs de nos agents à l'étranger, et relèvent uniquement des chambres. Aucun recours contentieux n'est possible contre de tels actes qui mettent directement en jeu ou la sécurité ou la dignité, toujours l'intérêt supérieur et la politique du gouvernement. » (1)

De ces énumérations, que nous citons à titre d'exemple (car nous ne saurions prétendre à être complet) (2), se dégage une impression bien nette d'arbitraire. Elles ont il est vrai certains points communs, notamment, elles sont d'accord sur deux groupes d'actes de gouvernement: ceux qui concernent les rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir législatif et ceux qui touchent les relations de l'Etat français avec les puissances étrangères. Mais, en dehors de ces deux grandes catégories de faits admis de tous, autant d'auteurs, autant d'énumérations différentes. (3)

Ces divergences entre les auteurs, l'impossibilité où ils se trouvent d'établir un critérium suffisant pour déterminer en règle générale la nature gouvernementale ou administrative d'un acte, nous poussent à rejeter leur méthode d'une vague définition étayée sur une énumération arbitraire.

(1) Marie. — « Eléments de droit administratif ». — p. 88.

(2) Voir notamment Bequet, V° Contentieux administratif, — Jacquelin : « Les Principes dominant du Contentieux administratif. » II[e] partie. chap. 3 p. 312. — Teissier : La responsabilité de la Puissance publique n° 112. — Tirard : La Responsabilité de la Puissance publique p. 164 et suiv. etc...

(3) Parmi les actes contestés nous pouvons citer : les décrets de grâce, la collation des titres de noblesse, la déclaration d'état de siège, les diverses mesures d'ordre public et ce qui nous touche de plus près en cette monographie « Les faits de guerre ».

C'est ce que pense d'ailleurs M. Le Courtois, qui, rejetant ce procédé, constate : (1) « On reconnaît aujourd'hui qu'il appartient au pouvoir constituant de déterminer les divers organes de l'Etat c'est à lui qu'incombe le soin de faire l'assemblage des diverses pièces de la machine politique de régler leurs rapports, de préciser leurs moyens d'action. Or, le pouvoir exécutif pour ne parler que de celui-là, est investi du pouvoir de faire appliquer toutes les lois constitutionnelles ou organiques. Le pouvoir exécutif, en tant qu'il est chargé d'assurer l'application des lois ordinaires, se nomme administration ; mais sa fonction n'est plus la même quand il prouve l'exécution directe des lois constitutionnelles. Convoquer les chambres, déclarer la guerre, signer des traités, envoyer des ambassadeurs, est-ce administrer ? non évidemment : c'est diriger les hauts intérêts de l'Etat à l'intérieur et à l'extérieur, c'est régler les rapports des pouvoirs publics entre eux. Par conséquent c'est dans les lois constitutionnelles que nous trouvons la mise en œuvre du principe général contenu dans notre définition du gouvernement.» Cette conclusion de M. Le Courtois est inspirée de l'opinion de M. Ducrocq (2) qui ayant déjà vu l'imprécision la fragilité des autres systèmes disait : « La formule qui nous semble exacte et de nature à éviter toute extension dangereuse consiste à ne reconnaître le caractère de décrets gouvernementaux qu'à ceux qui sont l'exécution directe d'une disposition formelle de la Constitution. »

Nous ne pouvons pas, en effet, ne pas concéder à cette doctrine une précision plus grande qu'aux autres théories que nous avons examinées déjà, cependant il ne nous semble pas que, là encore, soit la vérité. Aucun texte existant, à notre connaissance, n'exprime, même implicitement, que l'intention du législateur ait été de sous-

(1) Le Courtois : op. cit. p. 111.
(2) Ducrocq, t. I, p. 88.

traire au recours contentieux tous les actes accomplis en exécution de la constitution.

Les traditions administratives ne sont pas nettes au point qu'on puisse en tirer une pareille théorie ; et la jurisprudence du Conseil d'Etat, à l'heure actuelle, lui donne pour certaines espèces un démenti évident. N'a-t-on pas vu ces dernières années admettre des recours contre des règlements du chef de l'Etat ? (1) — N'est-ce pas d'ailleurs en vertu de la Constitution que le chef de l'Etat nomme ou révoque les fonctionnaires ? — Cependant la jurisprudence nous semble avoir admis des recours contre de tels actes. (2)

M. Le Courtois explique (3) l'admission de ces recours par l'intervention du législateur qui aurait restreint le principe du pouvoir discrétionnaire du gouvernement sur l'état de ces fonctionnaires « en considération des droits des fonctionnaires et de la stabilité nécessaire à une bonne administration et une bonne justice. » Il n'y a acte de gouvernement qu'en l'absence de toute loi. Ce système nous semble bizarre. L'acte puise sa nature gouvernementale dans la constitution, une loi ordinaire peut la lui faire perdre ! Enfin le dernier reproche que nous ferons à cette théorie, c'est d'amener à chaque changement de constitution une modification dans l'énumération légale des actes de gouvernement (4) —

(1) 6 déc. 1907. S. 1908. 3. 1. (Chemin de fer de l'Est).

(2) 9 Fév. 1899 (Toutain) Leb. p. 421. — 30 nov. 1900 (Viaud) Leb. p. 683. — 19 Juin 1903 (Ledoçhowski) Leb. p. 452. — 23 fév. 1906 (Carré) Leb. p. 171.

(3) Le Courtois. — op. cit. p. 150 et 151.

(4) M. Hauriou op. cit. p. 98 note I. dit encore à propos de cette doctrine : « .... à regarder les choses de plus haut, cette doctrine procède d'une facheuse méprise sur le rôle des constitutions écrites: elles sont pour la garantie de la liberté ; à cause de cela, dans certains pays, on écrit dans la constitution beaucoup de règles étrangères aux rapports des pouvoirs publics, afin d'assurer des libertés, et il se trouverait par une singulière ironie que, si nous en usions de même, nous ne ferions par là qu'augmenter la liste des actes de gouvernement ! ».

M. Le Courtois y voit un avantage. Nous ne pouvons être de son avis. La nature d'un acte ne saurait se modifier selon qu'il est prévu dans une loi constitutionnelle ou une loi ordinaire. Ce fait constitue ce que les philosophes nommeraient « un accident. »

Si l'on veut voir dans le refus de recours, opposé aux particuliers par la jurisprudence à propos de certains actes, un caractère essentiel de ces actes, il faut chercher le critérium qui permet de les reconnaître ailleurs qu'en des lois fragiles et variables. Sinon, on en revient à la théorie du mobile, limitée il est vrai par les textes constitutionnels.

Il nous apparaît d'ailleurs que si l'on va au fond des choses c'est à la théorie du mobile, qu'en sont revenus tous les auteurs, mais sous une forme indirecte.

Tandis que M. Dufour en sa claire franchise exprime l'idée de façon bien nette, les autres auteurs tiennent à peu de chose près un raisonnement dont, à notre avis, tel pourrait être le schéma ; 1° l'acte de gouvernement est l'acte accompli par l'autorité gouvernementale : 2° qu'est-ce que l'autorité gouvernementale se demandent ils alors ? — Et tous, plus ou moins explicitement, définissent le gouvernement par son but : « Gouverner c'est veiller à l'observation de la constitution, » dit M. Laferrière. — C'est « exercer les attributions qui lui sont données par la Constitution... » dit M. Aucoc. — C'est « procurer l'exécution directe des lois constitutionnelles » répétera M. Le Courtois. En résumé, l'acte de gouvernement : c'est celui que fait le gouvernement dans la poursuite de son but politique ! — (1)

Qu'on le veuille ou non, il nous apparaît qu'on ne pourra point sortir de là. On pourra *décrire* un être en énumérant ses formes et ses modalités. On ne peut point

(1) Voir ci-dessus.

le *définir exactement* (cet être fut-il une idée) abstraction faite de sa cause et de sa fin !

C'est cette impossibilité qui tient, elle, de façon certaine, à la nature des choses, qui rendit impuissants les critériums que les auteurs s'efforcèrent de découvrir.C'est ce parti pris de ne point tenir compte de façon apparente du but des actes que l'on envisageait qui fit éclater l'arbitraire de toutes les énumèrations que tenta la doctrine.

Sans l'exprimer ainsi, les derniers auteurs que nous avons parcouru ont renoncé à construire une théorie générale sur l'idée de nature de l'acte.

C'est ce que dit nettement M. L. Marie comme conclusion d'une étude très documentée (1) « L'expression acte de gouvernement) ne désigne nullement des actes ayant une nature intrinsèque spéciale ; elle peut s'appliquer à des actes extrêmement importants comme à des actes d'une importance minime analogues à ceux qui peuvent être accomplis par le pouvoir exécutif dans ses rapports avec d'autres personnes ou d'autres autorités. » Et l'auteur fait consister l'existence des actes de gouvernement dans la simple constatation du fait « qu'une juridiction quelconque ne peut intervenir dans les rapports entre certaines personnes ou entre certaines autorités pour y assurer la réalisation du droit » et il ajoute que « il est inutile de chercher à établir l'existence dans notre droit positif d'une classe d'actes de gouvernement en invoquant des textes d'ordre général.» —«Il n'y a pas d'autres dispositions que celles qui empêchent dans un cas donné, la juridiction administrative d'intervenir dans certains rapports. »

Nous n'avons pas besoins de nous attarder sur ces conclusions qui, si elles admettent des actes pour lesquels il

(1) L. Marie. Le Droit positif et la Juridictiou administrative. Tome II. p. 259 et 459.

n'est pas de recours contentieux, (1) nient de façon absolue l'existence d'une théorie générale.

Cette faillitte de la théorie relative aux actes de gouvernement, et l'insuffisance de la nature des choses telle qu'elle est présentée par les auteurs, ressort encore de façon évidente de l'obligation où se trouve en définitive M. Hauriou (2) de définir l'acte de gouvernement : « celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des Conflits. »

L'aveu est cependant dénué d'artifice, il s'agissait étant donné les espèces solutionnées par la jurisprudence, de tirer de leur examen et de leur classification une règle qui permit d'en reconnaitre avec une certitude suffisante les caractères essentiels, et qui les justifiat. Tel était le désir de la doctrine, tel est en définitive son rôle,... et la doctrine conclut en se contentant de constater les solutions de la jurisprudence.

Avec M. L. Marie (3) nous ferons remarquer que cette définition de M. Hauriou est inadmissible car les auteurs qui veulent faire apparaitre l'admission par la jurisprudence d'une théorie des actes de gouvernement, vont en chercher les sources dans les espèces solutionnées sous la monarchie de Juillet, un certain temps, on l'avouera, avant qu'il soit question de pouvoir propre du Conseil d'État et de fonctionnement du Tribunal des Conflits.

D'ailleurs le rôle d'un tribunal est de solutionner des espèces et non d'établir une réglementation. M. Hauriou le conteste et regrette qu'il soit « si difficile d'admettre que la Jurisprudence a un pouvoir propre » Nous maintenons cependant notre manière de voir et pensons qu'il

(1) Pour M. Marie ce sont :
Les rapports du pouvoir exécutif avec le législatif.
Les rapports de l'Etat avec les nations étrangères.

(2) Hauriou. — op. cit. 7e édit. p. 78.

(3) Marie. op. cit. Tome V. p. 435.

serait contraire aux principes de notre droit public moderne (1) de voir une juridiction admise à rendre, en somme, « des arrêts de réglement ».

B. — Théories négatives des actes de Gouvernement

La revue que nous venons de passer des diverses opinions relatives à l'existence des actes de gouvernement et au criterium qui permet de les reconnaître, nous montre les divergences, les contradictions de la doctrine à ce sujet. La volonté de ne pas aboutir à la théorie du Mobile, trop évidemment contraire aux principes de l'organisation sociale sous laquelle nous vivons, semble avoir réduit les auteurs à l'impuissance.

Aussi n'est-il pas étonnant de voir en face de ces doctrines s'élever des auteurs qui nient l'existence des actes de gouvernement.

« Cette distinction entre les actes contentieux et les actes de gouvernement, dit M. Gautier (2) ne repose sur aucun motif sérieux et n'a d'autre résultat que de consacrer l'arbitraire le plus regrettable. »

L'obligation où, d'ailleurs, les auteurs qui défendent la théorie des actes de gouvernement, se sont trouvé de suppléer au vide de leurs définitions par le procédé de l'énumération est d'ailleurs un aveu suffisant. Sans criteriums certains, ils établissent les listes selon leur sentiment et arrivent à de telles divergences que, si on les observe sans idée préconçue, on ne peut que se rallier à l'idée de M. Michoud. (3) « Il est, dit-il, difficile de ne pas être frappé à première vue du caractère un peu arbi-

(1) A ce sujet voir L. 16. — 22 août 1790 T. III art. 12. — Constitution du 5 Fructidor an III art. 203. — Code Civil art. 5.

(2) A. Gautier — Matières administratives. T. I. p. 6 et 7.

(3) Michoud. Des actes de gouvernement. — Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble. T. I. 1889. p. 263.

traire de ces énumérations. Il y a des actes ayant une importance gouvernementale de premier ordre qui n'y sont pas compris et on y trouve, au contraire, des actes représentant un intérêt politique relativement moindre tels que la collatiou des titres de noblesse. » M. Berthélemy ne voit en toute cette affaire « qu'une distinction artificielle destinée à excuser des mesures arbitraires. »

Toutefois si nous nous unissons à ces auteurs pour nier qu'il y ait entre l'administration et le gouvernement une telle opposition que les actes de l'une tombant sous le contrôle des juridictions, les actes de l'autre soient à tel point au-dessus des lois qu'ils échappent à tout recours ; nous nous joignons aussi à eux, pour reconnaître, encor que les uns et les autres soient de même nature, qu'ils ne sont pas nécessairemenl identiques. Mais avec M. Brémond (1) nous dirons « que la différence qui les sépare est une simple question d'importance. Or l'importance d'un acte varie suivant les circonstances et ne constitue pas un élément d'une valeur constante : il est fort difficile en outre de doser, même d'une manière simplement approximative, la quantité d'importance nécessaire pour élever une mesure à la dignité d'acte de gouvernement. On comprend dès lors qu'il soit impossible de construire une théorie juridique sur une base aussi mouvante. »

Mais il est, à notre avis, contre la valeur juridique de la distinction entre l'acte de gouvernement et l'acte administratif ordinaire, un argument plus décisif que l'imprécision du criterium, au moyen duquel on les distingue, que la nécessité de les compléter par les énumérations et les variations des auteurs. C'est qu'il n'est possible d'établir cette valeur en droit positif, qu'en se basant sur une conception fausse du principe de la séparation des pouvoirs. (2)

(1) Brémond. Des actes de Gouvernement. Rev. de Droit Public. 1er semestre 1896. p. 22.

(2) Voir par exemple Le Courtois. op. cit. p. 25.

Il n'y aurait actuellement que deux pouvoirs : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Ce dernier, se subdiviserait en trois branches ou autorités : l'autorité judiciaire, l'autorité gouvernementale, l'autorité administrative.

Nous considérons cette conception comme inadmissible, car la loi du 16-24 Août 1790 qui la première, en son Titre II, article 13, pose le principe de la séparation des pouvoirs dit :

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. » Tandis que la loi en forme d'instruction « concernant le fonctionnement des assemblées administratives » ajoute : « Les assemblées administratives... observeront d'abord quelles ne sont chargées que de l'administration, qu'aucune fonction législative ou judiciaire ne leur appartient, et que toute entreprise de leur part sur l'une ou l'autre de ces fonctions introduirait la confusion des pouvoirs, qui porterait l'atteinte la plus funeste aux principes de la Constitution. »

De ces textes l'on peut conclure que les constituants primitifs admettaient l'existence de trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, Il n'y a plus à douter de cette division après la constitution des 3-4 septembre 1791, titre III, articles 3, 4 et 5.

Comme le fait remarquer M. Michoud (1) « Ces textes ont une importance particulière à raison de leur date, qui est celle à laquelle il faut faire remonter les principes fondamentaux du droit public moderne. Toutes les lois postérieures y sont du reste entièrement conformes. » On peut en effet se reporter à la Constitution du 5 Fructidor an III art. 202 et 203, au décret du 16 Fructidor an III, à la constitution du 24 Frimaire an VIII, à l'art. 127 du code Pénal, et l'on constatera la permanence de ce prin-

(1) Michoud. — op. cit. p. 293.

cipe à travers tous les bouleversements constitutionnels de la période intermédiaire. Mais on fait à cette manière de voir plusieurs objections :

1° Dit M. Le Courtois (1) les assemblées révolutionnaires ont bien établi la théorie des trois pouvoirs, mais elles avaient mal compris la théorie de Montesquieu.

Pour examiner cette objection, nous devons faire une distinction car au point de vue de l'intensité de la séparation (si l'on peut ainsi dire), il nous semble en effet que les législateurs de 1790 et leurs successeurs ont conçu la séparation des pouvoirs d'une façon beaucoup plus absolue que Montesquieu et nous inclinons à penser qu'en cela ils ont été à l'encontre des réalités et des possibilités. Mais si nous nous plaçons au point de vue du nombre des pouvoirs différents nous pouvons affirmer sans aucune crainte que Montesquieu (2) l'avait conçue comme les législateurs l'ont appliquée. Ne dit-il pas en effet : « Le chef-d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger. Mais elle ne pouvait être plus mal que dans les mains de celui qui avait déjà la puissance exécutrice. » Selon l'expression de M. Esmein (3) vouloir « enrôler » Montesquieu dans le camp des adversaires de la théorie des trois pouvoirs « ce ne peut être là qu'un amusant paradoxe. »

D'ailleurs quelle qu'ait été l'influence de Montesquieu sur les principes législatifs, il nous semble qu'il ne suffirait pas, pour qu'une loi soit caduque, qu'elle fut en contradition avec les principes de ce sociologue.

D'autres objections sont plus graves, sans être, cependant, décisives.

Les chartes de 1814 et 1830, dit-on, se taisent sur le

(1) Le Courtois. op. cit. p. 22.

(2) Montesquieu. — Esprit des lois. Liv. XI. Ch. XI des Rois des tems héroïques chez les Grecs.

(3) Esmein. — op. cit. 3e édition. p. 339.

principe de la séparation. De même, la constitution de 1875, actuellement en vigueur, est muette à ce point de vue.

Nous l'admettons bien volontiers, mais nous contestons le droit de conclure comme on l'a fait (1) que malgré ce silence le principe « subsiste », mais doit être entendu d'une manière « plus conforme à la raison et à l'expérience » ! (2) En effet, en l'absence de texte contraire, si l'on doit admettre que le principe subsiste n'est-ce pas sous la forme qui lui a été donnée à l'origine et sous laquelle il nous a été livré par la tradition. Le silence des diverses chartes ou constitutions, qui se sont succédées en France durant le cours du XIXe siècle, n'empêche pas que sous chaque régime on retrouve les trois grands pouvoirs instaurés par la Révolution. Sans doute leur séparation est plus ou moins absolue, leur forme varie selon les régimes, mais aucun texte, ni aucun fait, ne permet d'affirmer, avec certitude, que l'idée traditionnelle des trois pouvoirs doive être remplacée par une autre.

Il nous semble que nous pouvons, sans présomption, conclure avec M. Michoud (3) « Il faut donc abandonner, au point de vue du droit positif français cette subdivision du pouvoir exécntif en deux branches. Les textes y sont formellement contraires. » (4) Cette constatation nous suffit.

(1) Le Courtois. op. cit. p. 46.

(2) M. Le Courtois (p. 41) croit avoir prouvé en effet que la distinction entre gouvernement et administration doit être admise parce que la fonction gouvernementale « est la fonction primaire de l'Etat, née spontanément de la nécessité d'assurer la vie du corps social, abstraction faite de la vie individuelle ».

(3) Michoud. — op. cit. p. 296.

(4) Si d'ailleurs on contestait que dans les textes que nous avons cités l'administration est considérée comme distincte du gouvernement, on arriverait à cette conséquence extraordinaire que les tribunaux ou les juges, tenus sous les peines les plus graves de ne pas empiéter sur l'administration, pourraient empiéter sur le gouvernement !

On a bien encore affirmé (1) que l'article 26 de la loi du 24 mai 1871, reproduisant à peu de chose près d'ailleurs l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849, entendait viser les actes de gouvernement en parlant d'affaires « qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » Mais il nous apparait qu'à ce sujet MM. Brémond et Michoud, (2) (qui ont porté à cette théorie des coups dont elle ne se relèvera pas), ont prouvé victorieusement, qu'il n'était point besoin de faire intervenir la notion d'actes de gouvernement pour expliquer cette disposition, d'ailleurs toujours restée inappliquée en fait. On peut en effet la concevoir comme s'appliquant aux matières judiciaires, ou aux actes administratifs discrétionnaires.

A cela M. Le Courtois (3) objecte que ce ne sont certainement ni les matières judiciaires, ni les actes discrétionnaires qu'à eu en vue l'art 26, mais les actes du gouvernement, il reprend à nouveau les travaux préparatoires et conclut « après la loi de 1872 qui peut hésiter à reconnaitre que le législateur a ratifié de la manière la plus claire l'œuvre du Conseil d'Etat. »

Mais M. Doucet (4) survient, et conteste la modification par le législateur de la tradition basée sur la jurisprudence. Une tradition, dit-il, est « essentiellement une résultante et par suite implique pour subsister l'action persistante des mêmes idées ses prémisses ; quand celles-ci se trouvent modifiées, leur conséquence, l'idée traditionnelle doit nécessairement changer, la tradition n'a plus de valeur, elle devient un contre-sens, un illogisme. »

Et l'auteur montre que, si à l'origine la notion d'acte de gouvernement est conforme à l'esprit primitif du droit

(1) Le Courtois op. cit. p. 76.

(2) Brémond. op. cit. p. 39. — Michoud op. cit. p. 297 et suiv.

(3) Le Courtois op. cit. p. 77.

(4) Doucet. Etude critique de la notion d'acte de gouvernement et de son application aux matières internationales. Thèse Grenoble 1909-10.— p. 68. — De même, voir à ce sujet Michoud op. cit. p. 306

administratif, alors que l'acte d'autorité, d'administration pure, est en dehors du recours contentieux et que ce recours primitivement gracieux est poursuivi ensuite devant une juridiction qui ne s'exerce qu'à titre de justice retenue ; aujourd'hui ; que le Conseil d'Etat a un pouvoir propre, et statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, que le recours en indemnité (nous l'avons noté dans notre introduction) tend à se généraliser, la notion d'acte de gouvernement est en complète contradiction avec l'esprit actuel du droit admistratif.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir montré que la théorie de l'acte de gouvernement manque de base : comme reposant sur un criterium imprécis et indéfinissable, comme étant condamnée par le principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il résulte des traditions législatives. Nous pouvons encore constater que c'est une théorie dangereuse dans ses conséquences. Tous les auteurs qui la soutiennent, admettent, en effet, que la seule qualité d'acte de gouvernement suffit pour soustraire l'acte en question à tous recours contentieux. Les actes de gouvernement pourront donc léser les droits les plus respectables, ceux qui en seront victimes n'auront aucun recours. On a bien objecté à cela que le recours à l'opinion publique était toujours possible, mais ce recours est bien souvent encore moins efficace que juridique. Quant à la responsabilité ministérielle, les sanctions qu'elle comporte sont, à notre avis, trop graves et de trop d'effet sur la situation générale du pays, pour qu'elle puisse avantageusement et pratiquement être mise en jeu à l'occasion d'un acte injuste pour un ou plusieurs particuliers.

Certains auteurs (nous le verrons tout à l'heure), ont admis un recours possible à l'autorité judiciaire pour des hypothèses spéciales, mais outre que ceux qui le concèdent sont peu nombreux, ce recours peut être, sinon empêché, du moins considérablement gêné par l'éléva-

tion du conflit qui ne manquera pas de se produire très souvent. En fait, étant donnée l'imprécision et la fragilité du criterium dont on se sert, du fait qu'on est obligé de recourir au procédé de l'énumération, on se trouve en présence du dilemme suivant formulé par M. Michoud : (1)

« Ou bien on continue à classer parmi les actes de gouvernement quelques actes susceptibles de blesser les droits privés (en fait il est difficile de l'éviter complètement) et alors on retombe pour partie, dans tous les inconvénients du système qui définit les actes du gouvernement par leur but : on laisse subsister certains actes pour lesquels le gouvernement est souverain, et les droits des particuliers peuvent être arbitrairement violés. — Ou au contraire on ne classe parmi les actes de gouvernement que des actes d'une nature si générale ou si impersonnelle qu'ils ne peuvent jamais léser aucun droit particulier, et, dans ce cas, je reconnais que le système n'est pas dangereux, mais alors il est presque sans portée. »

Il semble que telle soit bien la situation et que si, en pratique, on réalisait sans danger la mise en œuvre de la théorie, elle deviendrait inutile. (2) M. Michoud, prenant un par un les principaux actes de gouvernement, s'est efforcé de le montrer en prouvant que, dans tous les cas où le Conseil d'Etat refusait le recours, il y avait à ce refus une raison spéciale suffisante, autre que sa nature d'acte de gouvernement. Nous ne le suivrons pas dans cette démonstration car : d'une part, nous serions forcés d'entrer en des détails qui allongeraient outre mesure ce travail qui a pour objet, non les actes de gouvernement, mais les faits de guerre ; d'autre part, nous verrons au chapitre

(1) Michoud op. cit. p. 275.

(2) Voir en ce sens Michoud. op. cit. p. 279. — L. Marie. op. cit. T. II p. 442 et suivantes.

suivant que l'explication qu'il a donnée pour expliquer le refus du recours en cas de fait de guerre se trouve en défaut.

Enfin cet examen de détail est inutile, car il nous suffit de savoir que la théorie de l'acte de gouvernement, dangereuse en ses effets, est : sans base solide dans la doctrine, où les textes spéciaux ; et, en contradiction manifeste avec le principe fondamental du contentieux administratif ; pour que nous le repoussions.

Cette conclusion de l'examen que nous venons de faire de la théorie des actes de gouvernement, nous montre donc avec évidence l'erreur des auteurs qui veulent baser l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre sur la nature d'actes de gouvernement qu'ils présenteraient, et nous permet de repousser leur opinion.

III. — Examen de la portée réelle que présenterait la théorie des actes de gouvernement appliquée aux faits de guerre.

Nous pourrions terminer ici cette partie de notre étude et passer de suite à la seconde explication de cette irresponsabilité que soutient encore actuellement la presque unanimité de la doctrine. Il nous semble cependant intéressant, malgré l'évidente conclusion à laquelle nous avons abouti, de supposer qu'il existe des actes de gouvernement et de voir si les conséquences qui résulteraient logiquement de cette existence seraient aussi rigoureuses que celles auxquelles aboutissent, au point de vue spécial qui nous occupe, relativement aux faits de guerre, la jurisprudence et la doctrine. A ce point de vue nous serons rapidement édifiés car nous verrons :

1° Que la nature gouvernementale d'un acte ne soustrait pas cet acte, pour tous les auteurs, ni dans tous les cas, à tout recours.

2° Qu'il n'est pas absolument prouvé que les actes d'exécution des mesures, dites de gouvernement, soient de nature gouvernementale.

3° Qu'il est certain que, pour la jurisprudence, tous les actes de guerre ne constituent pas des faits de guerre proprement dits, et que cette distinction entre eux est incompréhensible dans la théorie des actes de gouvernement.

1° — La nature gouvernementale d'un acte ne le soustrait pas en tous cas à tout recours.

Pour le présent, comme dans le passé, la jurisprudence et les auteurs n'ont qu'une voix pour proclamer, pour des raisons diverses, que les actes dits de gouvernement ne sont susceptibles d'aucun recours contentieux administratif, pas plus en annulation pour excès de pouvoir qu'en indemnité pour violation d'un droit. Les partisans de la théorie admettent cela comme une conséquence logique de leur nature gouvernementale, qu'ils pensent avoir démontré. Ceux qui le nient se fondent sur ce que ces actes dits : de gouvernement, sont des actes discrétionnaires, qui prennent leur intangibilité dans des dispositions spéciales de la loi, dans la liberté qui a été laissée au pouvoir exécutif par les principes du droit, ou dans les circonstances où ces actes ont été accomplis (par exemple sous la contrainte d'une force majeure).

Mais cette imposante unanimité disparait lorsque se pose la question de savoir si, à défaut de recours devant la juridiction administrative, n'existerait pas une action devant les tribunaux judiciaires.

Monsieur Le Courtois (1) qui a fait de cette question

(1) Le Courtois op. cit. p. 118 et suiv.

une étude documentée, classe à ce sujet les auteurs en trois grandes catégories; (1)

Les uns admettent le recours à l'autorité judiciaire dans tous les cas même quand il s'agit d'examiner les questions de légalité ou d'observation des formes. C'est l'opinion de Messieurs Labbé (2) et Gautier, (3) « Les mettre en dehors du droit commun. dit ce dernier, c'est ouvrir la porte aux illégalités les plus criantes et les plus dangereuses. »

D'autres auteurs représentent un second système qui, à l'opposé du premier, refuse le recours aussi bien devant les tribunaux judiciaires que devant la juridiction administrative. Parmi eux se trouvent MM. Michoud(4), Batbie, et Jacquelin. Monsieur Le Courtois résume cette opinion en citant M. Jacquelin (5) qui dit : « Le pouvoir exécutif voit son indépendance absolument assurée vis-à-vis de la justice ordinaire dans la sphère administrative, à plus forte raison doit-il en être de même dans la sphère gouvernementale. »

Enfin il est un dernier système auquel se rallie l'auteur (6) pour qui « il est faux de considérer comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire tout acte émané de l'administration. »

M. Le Courtois a repoussé la première doctrine : parce qu'il y voit la négation de la théorie des actes

(1) M. Le Courtois signale encore une 4e théorie de Fuzier Hermann Vo acte administratif No 84. C'est une variante du 3e système. La différence consiste en ce qu'elle soustrait au recours devant les tribunaux judiciaires les faits personnels du chef de l'Etat. Cela est bien vague. Ce devrait être alors le chef de l'Etat qui, à notre avis, (comme d'ailleurs à celui de M. Le Courtois) devrait être attaqué.

(2) Labbé. Note sous Sirey (1876. 2. 297.)

(3) Gautier. Précis de droit administratif p. 6 et 7.

(4) Michoud. Annales de Grenoble. T. I. p. 276 et suiv.

(5) Jacquelin. Des principes dominants du Contentieux administratif. Ch. III p. 298.

(6) Le Courtois. op. cit. p. 122.

de gouvernement qu'il ne peut se décider à abandonner. Il a également repoussé la seconde comme interprêtant de façon trop étroite la séparation des « autorités » administrative et judiciaire. Et il s'unit à M. Laferrière (1) pour constater que la rigueur de la jurisprudence a été « progressivement atténuée en soumettant à un examen plus attentif le principe de la séparation des pouvoirs et en combinant la notion de l'acte administratif avec une autre notion trop négligée au début, celle des attributions fondamentales de l'autorité judiciaire, « qui sont : « La protection de la liberté individuelle et de la propriété privée ». Cette opinion est signalée par M. Jacquelin qui la considère comme approuvée de la jurisprudence. Nombre d'auteurs l'admettent et parmi eux : MM. Dareste (2), Ducrocq, (3) Glasson, (4) Aucoc. (5) Telle est encore l'opinion de M. Reverchon (6). Ce dernier auteur l'appuie par les paroles de M. Oscar de Vallée (7) premier avocat général de la Cour de Paris, qui disait aux magistrats : « Vous êtes compétents, même en dépit d'actes contraires du pouvoir exécutif et administratif, pour statuer sur toutes les questions de propriété quand il y a une propriété qui est atteinte et qui réclame. Cette compétence sur les questions de propriété est générale et forme un principe qu'un conflit peut ébranler et non détruire. C'est ce qui explique pourquoi, en en matière d'expropriation, *vous avez reçu* expressément de la loi le droit de vérifier la régularité du titre de la puissance publique qui exproprie... »

(1) Le Courtois op. cit. p. 121. — Laferrière op. cit- T. I. Liv. III. Ch. I p. 477 à 487.

(2) Dareste. La justice administrative 2e édit. p. 218.

(3) Ducrocq. T. II. N° 425 p. 19.

(4) Glasson. Revue critique 1881 p. 504-514.

(5) Aucoc. T. I. 389 p. 490. Revue critique 1883 p. 266.

(6) Reverchon. Revue Pratique de Droit Français T, XVI, p. 16 et suiv. T. XX. p. 121 — T. XXI. p, 79.

(7) Gazette des Tribunaux 7-8 Août 1865.

Il semble donc bien qu'en général la nature gouvernementale d'un acte ne le soustrait pas, en tous cas, à tous recours. (1)

Spécialement, en la matière qui nous occupe, dans la plupart des faits de guerre, n'y-a-t-il pas une atteinte incontestable au droit de propriété.

C'est en effet ici un maison que l'on a prise pour y déposer des poudres et que l'on fait sauter (15 mars 1824 — Dassy). Là c'était une forêt que l'on occupait pour des travaux et dont on abattait les arbres (26 mars 1823 — Glairet) ailleurs on exécutait encore des ouvrages en des propriétés privées (1er Février 1873, de Pomereu).Partout on occupe (9 mai 1873. Pesty-Remond) on emploie (8 août 1873. Faglin), on détruit les meubles (6 juin 1873. Fontaine) (30 juin 1876. Lhotellier), ou les immeubles (14 juillet 1846. de Chazournes). Et nous pourrions ainsi, presque sans fin, énumérer les cas nombreux d'atteinte au droit de propriété qui constituent les *actes* de guerre.

A défaut de l'autorité administrative incompétente, les victimes eussent donc dû trouver dans les tribunaux judiciaires une juridiction attentive à leurs plaintes, et bienveillante à leurs recours. Il nous semble qu'il n'y a pas eu de tentative en ce sens. Et pourtant y avait-il plus belle occasion de sauvegarder la propriété privée en face d'atteintes provenant d'actes de gouvernement.

Comment expliquer cela ? — On ne le peut qu'en disant que les Tribunaux ne considéraient point les événement de guerre comme des actes de gouvernement. On a répondu, que, en effet, ce qui, en réalité, fait échapper le fait de guerre à tout recours c'est qu'il constitue un cas de force majeure. Nous verrons dans le prochain chapitre

(1) Nous venons de voir que tel était l'avis de M. Le Courtois. M. Hauriou qui avec ce dernier représente dans la doctrine moderne, l'opinion favorable à la théorie des actes de gouvernement, semble pencher vers la même opinion. — Cf. op. cit. 7e édit. — p. 82

ce qu'il faut penser de cette opinion. Contentons-nous de noter, pour le moment, que le caractère d'acte de gouvernement dont on voudrait revêtir le fait de guerre ne serait pas suffisant pour le faire échapper, en tous cas, à tout recours.

2° — Il n'est pas absolument prouvé que les actes d'exécution des mesures dites de gouvernement soient de nature gouvernementale

Nous avons supposé dans toute l'étude qui précède le caractère gouvernemental du fait de guerre. Il nous semble cependant, à y regarder de plus près, que ce caractère est plutôt douteux. « Si (pour reprendre la définition de M. Laferrière (1)) le fait de guerre n'est pas tout événement occasionné par la guerre. » Il est pourtant incontestable qu'étant celui qui s'impose comme le résultat de la lutte ou d'une « nécessité immédiate de la lutte » il constitue un acte d'exécution du droit de guerre dont l'exercice, sous certaines conditions d'approbation des chambres, appartient au pouvoir exécutif.

Puisque nous supposons qu'il existe des actes de gouvernement, nous admettons momentanément avec les auteurs qui soutiennent cette doctrine, que l'on doit faire rentrer dans cette théorie les actes relatifs aux rapports de l'Etat avec les puissances étrangères, dont la guerre, est une modalité. La déclaration de guerre, l'ordre de mobilisation, sont donc pour nous, par hypothèse, des actes de gouvernement.

Le problème que nous avons à résoudre est un aspect de la question générale suivante : L'acte d'exécution d'une mesure gouvernementale est-il ou non un acte de gouvernement ?

(1) Laferrière op. cit. T. II. p. 51.

Nous avons vu que la jurisprudence, dont se servent les partisans de la théorie des actes de gouvernement, est trop vague pour que l'on en puisse tirer une véritable définition de ces actes. A plus forte raison, pensons-nous cette jurisprudence ne pourra fournir le principe nécessaire à la solution du problème que nous voulons actuellement éclaircir.

Quant à la doctrine elle ne nous semble pas avoir étudié la question de façon générale.

Les auteurs nous paraîssent cependant assez portés vers une tendance à appliquer la règle « accessorium sequitur principale » et à voir dans l'acte d'exécution une nature identique à celle de la mesure dont il découle. (1) Cependant à toute règle il y a des exceptions, et les exceptions sont nombreuses. Quelques exemples nous montrerons le caractère arbitraire de ces solutions. C'est ainsi que M. Laferrière qui voit des actes de gouvernement dans les mesures de sureté publique, n'en voit pas dans les mesures individuelles d'exécution qui s'ensuivent. (2) Dans le même ordre d'idées, MM. Michoud (3) Le Courtois (4) et Hauriou (5) étudiant la déclaration d'état de siège politique admettent une différence de nature entre la « décision exécutoire » et « l'acte d'exécution ».Même solution des mêmes auteurs, en ce qui concerne les mesures de police sanitaire prises par le chef de l'Etat, M. Laferrière concluait dans le même sens.

Au sujet des actes diplomatiques apparaissent de

(1) Laferrière op cit. — t II-p. 45 Aucoc. op cit, t I . N° 289 Le Courtois. op cit. p. 186

(2) Laferrière op cit. — 11, p. 40

(3) Michoud, op cit. p. 317-328 et 329 pour la police sanitaire.

(4) Le courtois, op cit. p. 226 et 228 — 234 et 235 pour la police sanitaire.

(5) Hauriou, op cit. p. 78 et 79. — Note 2

grandes divergences. Tandis que M. Michoud, (1) encor qu'il n'y voie pas d'actes de gouvernement, refuse tout recours en annulation des traités, ou en interprêtation des « obligations qui en découlent pour chacun des gouvernements contractants » admet les actions à raison des actes faits dans le but d'exécuter les obligations portées au contrat. De même Monsieur Le Courtois (2) repousse tout recours juridictionnel visant le traité en lui-même. Quant aux actes d'exécution, selon qu'il s'agira de traités qui touchent aux droitsprivés, ou de traités qui règlent des questions de droit public, il y aura ou non ouverture d'un recours. Monsieur Hauriou (3), lui, ne distingue pas, et voit dans les traités aussi bien que dans les mesures d'exécution de ces traités, des actes de gouvernement.

Comme il est visible par ces exemples, les auteurs tantôt admettent, tantôt repoussent, selon leur sentiment, l'identité de nature, et par conséquent l'identité de traitement au point de vue du recours, entre la mesure gouvernementale et les actes d'exécution. A notre avis, il est regrettable qu'on n'ait pas dégagé à ce sujet une idée générale. Monsieur Hauriou a donné une indication dans ce sens, mais sans formuler aucune raison juridique des différences qu'il établit. Ayant énuméré les actes de gouvernement il ajoute :

« De tous ces actes, ceux qui ont le plus énergiquement le caractère d'actes de gouvernement sont ceux relatifs à la sûreté extérieure ; cela se conçoit aisément, aussi la jurisprudence, qui sur ce point est un peu rigoureuse, ne fait-elle aucune distinction : notamment elle ne distingue pas entre les actes généraux et les actes particuliers ou mesures d'exécution... Au contraire, quand il s'agit de la

(1) Michoud, p. 318 et 319
(2) Le Courtois. — p. 181-182
(3) Hauriou, op cit. p. 76 et 89

sûreté intérieure de l'Etat elle se montre moins sévère. Ici elle distingue entre les mesures de principe et les mesures d'exécution. » (1)

Nous entendons bien la distinction, mais quelle en est la base juridique ? — La Jurisprudence ? Nous ne le pensons pas. Nous venons de parcourir les appréciations diverses des auteurs qui tous, cependant, nous paraissent prétendre fonder leur opinion sur l'étude des arrêts, comment donc pourraient-ils aboutir à des solutions aussi différentes, si vraiment ces arrêts s'inspiraient d'un principe juridique susceptible d'être clairement formulé ? — La vérité est que la Jurisprudence solutionne arbitrairement les espèces qui lui sont présentées.

S'il nous fallait choisir une théorie pour résoudre cette question de savoir : si les actes d'exécution d'une mesure ne revêtent pas le même caractére que cette mesure dont ils ne sont que l'accessoire, avec M. Brémond (2) nous répondrions « hardiment » par la négative. Autre chose en effet est une mesure générale, autres choses sont les diverses décisions de détail qu'il faudra prendre pour en procurer l'exécution. Ces deux catégories d'actes pourront sans doute avoir la même nature, mais rien n'indique a priori qu'il doive en être ainsi, cela dépendra des circonstances. Un décret, pris pour assurer l'exécution d'une loi, ne devient pas pour cela un acte législatif. »

Telle est notre opinion. Et nous ne voyons pas, s'il était vraiment établi qu'il existe une catégorie d'actes de gouvernement, pourquoi on ne pourrait pas leur appliquer l'intéressante théorie que M. Hauriou (3) lui-même a imaginée à propos de la responsabilité de la puissance publique lorsque le préjudice causé « résulte du seul effet de droit d'une décision exécutoire ». Pourquoi un acte

(1) Hauriou, op cit. p. 79 et 80
(2) Brémond, op cit, p. 54
(3) Hauriou, op cit. p. 497

de gouvernement ne pourrait-il être tour à tour examiné du point de vue de la décision exécutoire soustraite par sa nature gouvernementale à tout recours, ou du point de vue des mesures d'exécution qui simples actes administratifs n'échapperaientpas à ce recours ?

D'ailleurs au point de vue spécial qui nous occupe, quant aux faits de guerre, M. Le Courtois (1) qui cependant n'apprécie pas les faits avec les mêmes principes, conclut, comme nous concluerions si nous croyions aux actes de gouvernement :

" L'acte de déclaration de guerre constitue donc un acte de gouvernement.... Ce que nous disons de l'acte de déclaration de guerre, doit-il être étendu aux actes accomplis par le gouvernement pour la préparation de la de la guerre, et aux faits d'exécution ? On a essayé de faire adopter en pratique cette extension de la théorie de l'acte de gouvernement. Nous ne croyons pas devoir souscrire à cette manière de voir. "

Le fait de guerre est donc un acte d'exécution et comme tel ne participe pas nécessairement à la nature gouvernementale du décret de déclaration de guerre. Telle est croyons-nous la vérité.

3° — Il est certain que, pour la jurisprudence, tous les actes de guerre ne constituent pas des faits de guerre proprement dits et cette distinction entre eux est incompréhensible dans la théorie des actes de gouvernement.

Dans la citation, que nous venons de faire, de l'opinion de Monsieur Le Courtois, nous devons relever la formule du problème qu'il pose et qu'avec lui, - parce que l'acte d'exécution n'est pas nécessairement identique, quant à

(1) Le Courtois, p. 207

sa nature juridique, à la mesure exécutoire, - nous avons résolu de façon négative.

" Ce que nous disons de l'acte de déclaration de guerre doit-il être étendu aux actes accomplis par le gouvernement pour la préparation de la Guerre, et aux faits d'exécution ? "

Tel en effet, doit se poser le problème dans sa généralité. Et il nous apparaît que tous les actes d'exécution doivent y être envisagés. Comment alors expliquer, si l'on veut prétendre, comme l'ont fait les auteurs anciens que la Jurisprudence a appliqué la théorie des actes de gouvernement aux conséquences de la guerre, comment expliquer, que l'on ait pu distinguer entre ces conséquences et dire d'une part : les mesures préventives ne sont point actes de gouvernement, d'autre part : les faits de lutte ou se rattachant aux nécessités de la lutte sont actes de gouvernement. Les uns et les autres ne sont-ils pas des actes d'exécution de la guerre ? — Pourquoi les uns seraient-ils plus gouvernementaux que les autres ? — MM. Michoud (1), Brémond (2) et Le Courtois (3) ont relevé l'anomalie de cette distinction et l'impossibilité où l'on se trouve de la justifier par la théorie des actes de gouvernement.

M. Michoud dit en effet : « Si tous les faits de guerre sont des actes de gouvernement, il faut considérer comme tels, non seulement les actes commandés par les nécessités immédiates de la lutte (destruction des maisons par les projectiles, occupation des propriétés privées par les troupes etc...) mais aussi les actes accomplis par l'autorité militaire avant la lutte et dans le but de la préparer : (établissement d'un système de fortifications à

(1) Michoud, Annales de Grenoble 1889 t. 1 p. 323

(2) Brémond. Revue de Droit public 1895, t V. — p. 69

(3) Le Courtois. op cit. 210 — Voir encore en ce sens Fuzier Hermann. V° Compétence administrative N° 731

distance de l'ennemi, autour des places dont on prévoit l'investissement ; occupation des propriétés privées pour le casernement des troupes, etc). Où serait en effet, la raison de distinguer ? Si l'autorité militaire gouverne quand elle livre une bataille, st-ce qu'elle ne gouverne pas aussi quand elle prévoit de loin le combat et prend à l'avance les préoccupations nécessaires ? En quoi le plus ou moins grand éloignement de l'ennemi peut-il changer le caractère gouvernemental de l'acte ?

La vérité est que c'est forcer le sens des mots que de donner aux faits de guerre le nom d'actes de gouvernement ; on peut appeler de ce nom les actes généraux, tels que : la déclaration de guerre ou la direction d'ensemble des opérations militaires, mais il est bizarre de désigner ainsi l'occupation d'un champ par une escouade, ou la destruction d'une maison par le tir d'une batterie. »

M. Brémond disait de même ; « Cette distinction entre les actes commandés par les nécessités immédiates de la lutte et ceux qui sont accomplis par l'autorité militaire, avant la lutte et pour la préparer, est incompréhensible lorsqu'on la fonde sur la théorie des actes de gouvernement... N'est-ce pas d'ailleurs forcer le sens des mots que d'attribuer la qualification d'actes de gouvernement aux dommages résultant par exemple du tir de l'artillerie ? Cette qualification pourrait à bon droit convenir à des actes généraux tels que : la déclaration de guerre, la direction d'ensemble des opérations militaires ; mais c'est vraiment en abuser que de s'en servir pour caractériser tous les faits particuliers qui peuvent se produire dans le cours d'une campagne. »

Nous nous associons entièrement à l'objection. La différence entre les actes préparatoires et les faits de guerre est incompatible avec les conséquences logiques de la théorie des actes de gouvernement. Les auteurs qui, en ces dernières années, attachés aux traditions de la jurisprudence, se sont efforcés de la justifier, n'ont pu eux-

mêmes répondre. M. Hauriou fait la sourde oreille, et dans son Précis de Droit Administratif, lorsqu'il continue à classer les faits de guerre au nombre des actes de gouvernement, semble ignorer la difficulté. Il lui suffit de constater que, d'après les décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, les faits de guerre ne donnent pas lieu à recours contentieux.

M. Le Courtois, que nous avons déjà cité, voit les choses sous un angle plus vrai, lorsqu'il avoue ne pouvoir y répondre et se rallie à l'opinion de MM. Michoud et Brémond. « Le caractère d'acte de gouvernement doit appartenir aux deux catégories d'actes, dit-il. Mais, (et c'est le second point que nous devons établir,) il y a vraiment abus de langage à étendre la notion d'actes de gouvernement à, tous les faits de guerre... Comment est-il possible de voir dans des dommages causés par l'ennemi des actes de gouvernement ? » Cela, en effet, est parfaitement exact.

Aussi M. Le Courtois repousse-t-il purement et simplement l'idée d'acte de gouvernement. (1) « En réalité, dit-il il faut distinguer les mesures administratives et les faits de guerre proprement dits. »

« Les actes administratifs conservent leur nature et leur caractère même lorsqu'ils se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte. Contre eux le recours administratif au fond, le recours pour excès de pouvoir, tous les recours administratifs, en un mot, seront autorisés. »

« D'un autre côté, les faits de guerre, échappent à tout recours contentieux, par ce qu'ils constituent des cas fortuits ou de force majeure dont personne ne peut être responsable directement. »

Nous verrons tout à l'heure ce qu'il faut penser de la seconde partie de cette distinction, pour le moment nous prenons acte de l'aveu décisif de Monsieur Le Courtois.

(1) Le Courtois, op. cit. p. 211.

Même si la théorie des actes de gouvernement est vraie, le régime des faits de guerre n'est point réglé par cette théorie et ce n'est point sur leur caractére gouvernemental supposé qu'il faut baser le refus de recours opposé par la jurisprudence aux particuliers qui en ont souffert.

Nons pouvons d'ailleurs affirmer sans crainte, qu'aucun arrêt qui reconnait à un acte dommageable relatif à la guerre le caractère de " fait de guerre " ne prononce à ce sujet l'expression : acte de gouvernement.

Il est même des espèces où se présente à la fois un fait de guerre et un de ces actes de nature diplomatique, par exemple, que certains arrêts ont parfois qualifié : d'actes de gouvernement. Si la jurisprudence avait vu dans le fait de guerre un acte de nature gouvernementale, il nous semble que considérant les deux hypothèses, elle n'eut pas manqué de les qualifier de même façon. Il n'en alla point ainsi. Nous pouvons citer notamment un arrêt du 6 Juillet 1854 relatif à l'espèce suivante : (1) Le dey d'Alger devait au sieur Joseph Bacri une certaine somme. Les héritiers du sieur Bacri réclamèrent cette somme à l'état français sous prétexte que l'argent dû à leur auteur aurait servi à payer les obligations résultant de la capitulation militaire du 5 Juillet 1830. Le Conseil d'Etat les débouta en répondant qu'il y avait dans l'espèce une double raison pour que leurs recours fut rejeté :

1° Un fait de guerre dans la réception des deniers.

2° Un acte de gouvernement dans le fait de la capitulation en vertu de laquelle les deniers avaient été versés.

Encore une fois, pourquoi cette distinction si fait de guerre et d'acte diplomatique sont de même nature gouvernementale ? Cependant en 1854, on était, ce nous semble, dans la période où l'on admettait le plus généralement la théorie du mobile et où l'on étendait volontiers la notion acte de gouvernement !

(1) 6 juillet 1854 (Bacri) D. 55. 3-9.

En résumé il nous paraît donc que :

1° l'imprécision des criteriums qu'emploient les auteurs dans la distinction du gouvernement et de l'administration, l'incompatibilité de leur théorie avec le principe vrai de la séparation des pouvoirs, l'impossibilité reconnue de construire une véritable théorie générale englobant la totalité des actes à raison desquels la jurisprudence refuse tout recours contentieux ; toutes ces raisons, nous permettent d'affirmer qu'il n'existe point une catégorie spéciale d'actes de gouvernement dont la nature même serait une fin de non recevoir suffisante.

Et, puisqu'il n'existe point d'actes de gouvernement, il est facile d'affirmer qu'on ne saurait s'appuyer sur le caractère gouvernemental des faits de guerre pour repousser des demandes en indemnité basées sur les dommages qui en résultent.

2° Et en admettant même qu'il existe des actes de gouvernement, nous pouvons encore repousser cette théorie comme explication de l'irresponsabilité de l'Etat, car :

(*a*) il n'est pas prouvé que les faits de guerre, simples actes d'exécution, devraient participer à la nature gouvernementale de la déclaration de guerre.

(*b*) la théorie de la jurisprudence, si ce premier point était prouvé, serait d'ailleurs trop étroite, car tous les actes de guerre devraient être de nature gouvernementale, aussi bien les actes préparatoires que ceux se rattachant aux néeessités immédiates de la lutte.

(*c*) en admettant, tout cela prouvé, la théorie de l'atteinte au droit de propriété permettrait encore, selon nombre de bons auteurs de poursuivre la réparation devant les Tribunaux judiciaires.

Si donc la théorie des actes de gouvernement existait (et nous le contestons), *elle serait insuffisante* pour expliquer l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre.

CHAPITRE III.

Section I. — Le fait de guerre est-il un cas de force majeure ?

Nous venons de voir dans le chapitre précédent que, contrairement à l'opinion de certains auteurs de droit administratif, la notion très contestée et très justement contestable, d'acte de gouvernement ne pouvait être, au cas même où, contrairement à la raison et au droit positif, on en admettrait la valeur juridique, une justification efficace de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre. Nous nous sommes associé en cela aux critiques que faisaient à cette doctrine MM. Michoud, Brémond et Le Courtois.

Nous allons examiner maintenant la valeur réelle de la justification que ces derniers auteurs et nombre de juristes modernes ont proposée pour remplacer la théorie qu'ils abattaient.

« En partant de cette théorie, (des actes de gouvernement), disait M. Michoud (1) on s'explique assez mal les distinctions que fait la Jurisprudence (et parfois la loi elle-même) entre les divers dommages occasionnés par la guerre. » Et plus loin il ajoutait : Le véritable motif des solutions qu'elle (la Jurisprudence) donne est ailleurs. Il se trouve uniquement dans cette idée que les faits de guerre sont des faits de force majeure, et que les particuliers victimes de la force majeure n'ont pas le droit d'en rendre l'Etat responsable. »

En principe, disait à son tour, Monsieur Brémond, (2)

(1) Michoud, op. cit. p. 323 et 324.
(2) Brémond, op. cit. p. 70.

l'Etat n'est pas responsable des dommages causés par un fait de guerre proprement dit, parce que ces faits de guerre constituent un cas de force majeure, au même titre qu'une inondation, une épidémie, etc...

La doctrine est bien nettement formulée : l'Etat est irresponsable des dommages causés à raison des faits de guerre, non pas parce ce que ces faits constitueraient des actes de gouvernement mais pour le motif qu'ils sont des cas de force majeure. Tel semble bien, en définitive, l'orientation dernière de la doctrine moderne relative aux faits de guerre.

Il nous est d'autant moins permis d'en douter, qu'à la conclusion de ces adversaires déclarés de la théorie des actes de gouvernement, s'est rallié un des partisans les plus dévoués qu'elle compte, à notre époque : Monsieur Le Courtois : « (1) Les faits de guerre, déclare-t-il, échappent à tout recours contentieux, parce qu'ils constituent des cas fortuits ou de force majeure dont personne ne peut être responsable directement. »

C'est donc cette idée de force majeure que nous allons avoir à examiner maintenant pour nous rendre compte si vraiment les faits de guerre en sont une réalisation, et si, cela étant doné, c'est sur l'existence de ce caractère que repose véritablement le principe de l'irresponsabilité de l'Etat dans le domaine spécial de son activité belliqueuse.

Nous ne le pensons pas. Cependant la réfutation de cette idée apparaît difficile. L'objection basée sur la nature gouvernementale du fait de guerre était moins sérieuse, car la théorie des actes de gouvernement avait déjà été plus qu'ébranlée par les coups puissants de ses adversaires. Il n'en est point de même ici, car les partisans de la nature de force majeure du fait de guerre prétendent avoir pour eux : le consentement d'un grand nom-

(1) Le Courtois, op. cit. p. 211.

bre d'auteurs réputés dans les diverses branches de la science juridique, et s'appuyer à la fois : sur une jurisprudence constante, les principes les plus anciens, les plus généraux, les plus essentiels du droit ; et la consécration de leur point de vue par le législateur, dans les lois dites de dédommagement, votées par les chambres chaque fois que se posa devant elles, ce problème de l'indemnité à raison des dommages résultant de la guerre.

I. — Exposé des autorités et des arguments invoqués en faveur de la doctrine du fait de guerre. Cas de force majeure.

« Il peut arriver, dit M. Bluntschli, (1) que certains propriétaires soient profondément atteints par la guerre, que leurs champs soient ravagés, leurs maisons détruites, leurs fermes incendiées. Ces maux sont inévitables et le propriétaire doit les supporter comme il supporterait une grêle, une inondation ou un incendie allumé par le feu du ciel. Il est victime d'un fléau et non d'une injustice. »

Telle est la formule de la théorie. Parmi les auteurs de droit international qui s'y sont rallié nous pouvons citer MM. Féraud-Giraud, (2) Rouard de Card, (3) Fiore, (4) Bonfils et Fauchille (5) tous s'entendent avec ce dernier pour dire « Le droit international ne peut admettre le principe d'une action. La guerre est pour le simple particulier un cas de force majeure. »

(1) Bluntschli. — Droit international codifié. Art. 662.

(2) Férand-Giraud : Recours à raison des dommages causés par la guerre N° 53.

(3) Rouard de Card : la Guerre Continentale et la propriété, p. 145.

(4) Fiore : France judiciaire 1885-86, p. 191, traduction Antoine.

(5) Bonfils et Fauchille : Manuel de Droit international public, 5e édit., N° 1231.

Les auteurs récents de droit administratif ne sont pas moins affirmatifs et avec ceux que nous avons déjà cités au début de ce chapitre MM. Berthélemy (1),Teissier, (2) et Tirard (3) sont d'accord pour affirmer que « les faits de guerre sont rattachés à la théorie de la force majeure. Selon que la pression de l'ennemi sera plus ou moins immédiate et cœrcitive, la responsabilité de l'Etat sera, ou non, mise en jeu. »

M. Doucet (4), dans une thèse sur la notion d'acte de gouvernement et son application aux matières internationales, considère lui aussi : que la force majeure suffit à justifier la Jurisprudence, qui, d'ailleurs, se sert de ce seul critérium.

Les auteurs de droit civil qui se sont occupé de la question concluent dans le même sens. Laurent (5) par exemple, admet la solution du Conseil d'Etat et ajoute : « En principe l'Etat est responsable du dommage qu'il cause, quand même il agit dans un intérêt public, dès qu'il porte atteinte à un droit ; or c'est certainement léser le droit de propriété que de détruire des constructions. Quand cette obligation cesse-t-elle ? Lorsqu'il y a force majeure. Reste à préciser dans quel cas il y a force majeure. C'est là le vrai point de la difficulté..! « On trouve

(1) Berthélelemy : Droit administratif, 6e édition, p. 102.

(2) Teissier : Responsabilité de la puissance publique, Nos 113 et 208.

(3) Tirard : Responsabilité de la puissance publique, p. 222.

(4) Cf Doucet, op. cit. p. 132. — Nous avons déjà cité l'ouvrage de M. Doucet sans cependant analyser sa doctrine. dans notre étude des actes de gouvernement. Nous estimons en effet qu'elle manque d'intérêt pratique. Il l'avoue d'ailleurs lui-même en ses conclusions, en disant que cela en revient à assimiler l'acte de gouvernement à l'acte administratif ordinaire et que la distinction entre les deux n'a plus d'intérêt juridique. Pour lui il y a acte de gouvernement toutes les fois que l'Etat se trouve en présence d'un cas de force majeure.

(5) Laurent : Principes de droit civil français, t. XX, p. 460.

toujours la même doctrine exposée dans les divers répertoires de Jurisprudence. (1)

On invoque d'ailleurs en faveur de cette thèse le témoignage de M. Laferrière (2) lui-même, qui définit ainsi le fait de guerre : « Le fait de guerre n'est pas tout évènement causé par la guerre, mais seulement celui qui s'impose comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte. »

Ce ne sont donc pas les autorités qui manquent à l'appui de la théorie. Mais ces auteurs ne se sont pas déterminés à admettre que le fait de guerre est un cas de force majeure sans avoir formulé quelques arguments. A l'appui de leur doctrine ils invoquent en effet, ensemble et tour à tour, les solutions de la Jurisprudence, les principes généraux du droit relatifs à la force majeure, et la pratique législative des lois de dédommagement qui n'ont pas voulu reconnaître un droit à indemnité, mais ont proclamé le devoir de l'État de venir au *secours* des citoyens endommagés par la guerre, comme il était coutume de secourir ceux qui souffraient des orages, des inondations ou autres fléaux.

1. — *La Jurisprudence.*

Les auteurs qui voient dans le fait de guerre un résultat de la force majeure se basent tout d'abord sur la Jurisprudence. Ils citent en effet une masse imposante d'arrêts qui, d'après eux, contiennent et appliquent la théorie qu'eux-mêmes exposent.

Un arrêt de la Cour de Cassation rendu dans l'affaire Brac de la Perrière (3) est en effet très net en ce sens. Il

(1) Dalloz : Répertoire alphabétique, V° Guerre p. 587, § 2. Fuzier-Hermann. — V° Cas. fortuit, n° 47, etc...

(2) Laferrière : op. cit. t. II, p. 57.

(3) 24 février 1874 (Brac de la Perrière) D. 74, 1. 347.

s'agissait en l'espèce d'une demande en indemnité, intentée contre l'Etat devant le tribunal civil à raison de dommages causés à sa propriété par des travaux préventifs de défense exécutés aux alentours de Lyon. Le préfet du Rhône s'appuyant sur ce que l'état de siège politique avait été proclamé en ces lieux, déniait tout droit à indemnité. Il éleva donc le conflit. Son arrêté fut annulé. La compétence judiciaire fut reconnue, l'affaire alla jusqu'en Cassation. La Cour proclame le droit à indemnité du sieur Brac de la Perrière « attendu, dit-elle, que le cas de force majeure fait seul exception à cette règle et qu'il y a force majeure seulement lorsque le fait dommageable est la conséquence et le résultat immédiat des hasards de la guerre ou qu'il se produit en cas de siège effectif, ou du moins imminent et inévitable. »

Il est encore un arrêt, moins net, mais cependant encore assez explicite en ce sens, cité, entre autres auteurs, par M. Féraud-Giraud (1) et que l'on peut considérer comme faisant allusion à la force majeure comme cause d'exonération de la responsabilité à raison des faits de guerre. Un sieur du Temple de Rougemont, habitant Chartres, avait quitté son domicile sans y laisser de gardien à l'approche de l'invasion prussienne. La ville fut occupée par l'ennemi qui s'installa chez les particuliers, sans aucune formalité, causant partout de multiples dégâts. Lorsque les « émigrés » rentrèrent, ils trouvèrent leur immeuble en piteux état et leurs meubles, ou détériorés ou disparus. Le sieur du Temple de Rougemont s'adressa au Tribunal Civil et réclama à la Ville de Chartres : paiement de loyers pour l'occupation de sa maison, et réparations pour les détériorations qu'elle avait subies. Le Tribunal repoussa cette prétention pour plusieurs raisons, mais notamment : « Attendu... que l'armée ennemie après la capitulation et pendant son séjour à Char-

(1) 2 août 1872 (du Temple de Rougement) D. 73, 3. 32.

tres, a presque toujours, sans billets de logement, envahi le domicile des citoyens, d'autorité et de vive force, et cela malgré les efforts de la municipalité restés impuissants devant l'ennemi. »

Et les auteurs commentent dans le même sens tous les arrêts rendus par la juridiction administrative en matière de faits de guerre. Les arrêts sont nombreux, nous pourrions en faire l'énumération, nous ne le ferons pas cependant, ce serait en effet recommencer l'examen de la jurisprudence en cette matière, nous y avons déjà procédé nous renvoyons pour cela à cette partie de notre travail.

II. — Les caractères généraux de la force majeure d'après la Doctrine.

Ce sont en effet ces caractères que les auteurs veulent trouver en chaque espèce de faits de guerre proprement dits.

Nous avons déjà cité plus haut, l'opinion de M. Bluntschli. « Ces maux sont inévitables, dit-il et le propriétaire doit les supporter comme il supporterait une grêle, une inondation ou un incendie allumé par le feu du ciel. »

« La guerre et l'invasion sont des cas fortuits » dit M. Féraud-Giraud, et pour lui tous les actes de violence et de lutte constituent des faits de guerre, présentant le caractère de cas fortuits au point de vue de leur classement d'après leurs caractères légaux. (1)

Qu'est-ce donc d'après eux que la force majeure ?

Il nous semble évident, par ce seul fait qu'ils n'en ont point donné de définition nouvelle, que tous les auteurs qui soutiennent cette théorie entendent la force majeure selon sa définition classique.

M. Le Courtois (2) renvoie aux Romains et à la défini-

(1) Féraud-Giraud, op. cit. § 53.
(2) Le Courtois : op. cit. Page 211. Note I.

tion qu'ils en donnaient : « Omnem vim cui resisti non potest » (1)

Et c'est en effet jusqu'à eux qu'il faut remonter pour trouver la formule de cette notion que jamais le législateur français n'a commentée et dont il n'a pas plus énuméré les diverses modalités.

M. Dommenget (2) s'est efforcé dans un article très documenté, paru en 1851 dans la Revue critique de Législation, de dégager la doctrine commune sur ce point.

« On considère, dit-il, comme force majeure ou cas fortuit, tout événement auquel on ne peut résister. »

Il distingue ensuite la force majeure en prévue ou imprévue, conséquence de la nature ou du fait de l'homme, et dans cette seconde catégorie classe : « La guerre, l'invation des pirates, l'assaut des voleurs, le fait du prince, la violence exercée par un plus puissant. »

La conséquence pratique la plus essentielle, d'après M. Dommenget : c'est l'irresponsabilité. « C'est un principe généralement adopté, dit-il, qu'on n'est pas responsable de la force majeure qu'on ne peut empêcher ou du préjudice qu'elle peut causer ; que par suite, lorsque c'est par un événement de force majeure qu'une perte ou un dommage a été causé à une personne, celle-ci n'a droit à aucune indemnité. » (3)

Nous trouvons la même doctrine dans les recueils de Jurisprudence : « La force majeure, enseignent les Pandectes françaises (4) après M. Demolombe (5), s'entend

(1) Digeste. Liv. XIX. t. II. Locati conducti. Loi XV, § 2. Voir aussi au Digeste. Liv. L, Tit. VIII : De administratione rerum ad civitates pertinentium. Loi 2. § 7, on peut lire : « Fortuitos casus nullum humannm consilium providere potest. »

(2) Dommenget : Revue critique de législation, t. I. 1851, p. 556 et suiv.

(3) Dommenget : op. cit. p. 562.

(4) Pandectes françaises. — Vo Responsabilité, No 655 et 656.

(5) Demolombe : tome 31, § 481 (Cours de code civil).

des : « événements qui se manifestent avec une force telle qu'il n'est pas possible d'y résister et qui dépassent les prévisions humaines. » « Il est évident, y lit-on encore, que l'on ne saurait rendre responsable celui qui a fait éprouver un dommage en commettant un acte auquel il a été contraint par une force irrésistible. L'auteur du délit ou du quasi délit n'est pas en faute, puisque sa volonté n'a pas existé, la volonté étant un élément essentiel de la responsabilité. »

M. Laurent (1) en ses principes de droit civil, raisonne de même et dit : « La loi prévoit le cas de force majeure dans les obligations conventionnelles. Aux termes de l'article 1148, il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou à faire ce qui lui était interdit. » « En est-il de même dans les obligations qui naissent d'un délit ou quasi-délit : L'affirmative n'est pas douteuse pour qu'il y ait délit ou quasi délit, il faut qu'il y ait faute ; or, la force majeure exclut toute idée de faute. Si donc le dommage résulte du cas fortuit, la partie lésée n'a aucune action en dommages-intérêts parce que personne n'est responsable du dommage. »

Suivant donc cette définition classique de la force majeure, et s'empressant d'appliquer à leur manière la conséquence essentielle du système, tous les auteurs que nous avons cités proclamèrent que l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre était le corollaire logique de la qualité de cas fortuit de force majeure.

(1) Laurent : Principes de droit civil français. T. 20, p. 477, N° 459. — Voir dans le même sens : Baudry Lacantinerie « Traité théorique et pratique de droit civil, T. XIII bis, N° 2856.

III. — La Loi

De peur que l'on ne soit amené à douter de ce caractère ils tirèrent du Code civil l'art. 1773 qui range les ravages de la guerre au nombre des cas fortuits extraordinaires au même titre qu'une inondation. (1) Armés de ce texte, ces auteurs présentèrent leur théorie comme consacrée par le droit positif.

A ce point de vue, ils invoquèrent encore les lois de dédommagement qui furent votées par les législateurs, au lendemain des invasions cruelles de 1814-1815 et 1870-1871 (2) Pour bien montrer que ces lois adoptent la manière de voir qui est aussi la leur, ils se rapportent aux travaux préparatoires de la loi du 6 septembre 1871.

M. Claude député de la Meurthe avait déposé un projet de loi « ayant pour but de faire payer le plus promptement possible par la France tout entière, les contributions de guerre, les réquisitions et les dommages matériels de toute nature que la guerre et l'invasion ont fait subir aux habitants et aux communes d'une partie du territoire français. » (3)

Le problème était ainsi posé devant le législateur, dans toute son ampleur, et sur la véritable question de principe.

(1) Voir à ce sujet Le Courtois, op. cit p. 211. — Michoud, op. cit. p. 325.

(2) Lois de dédommagement.— Loi du 23-25 sept. 1814 qui accorde des dégrèvements. — Déc. du 6-9 avril 1815 institue caisse de l'extraordinaire et affecte 1/2 aux secours.— Déc. du 29 mai-6 juin 1815 ; permet de prendre des bois de construction dans les forêts domaniales. — Loi de Finances. du 28 av. 1816 : affecte aux secours pour dommages de 1815 ; 10 millions de liste civil du roi, toutes les contributions arriérées au 1er janvier 1815. Institue commissions départementales. — Ord. 8 mai 6 juin 1816, nomme commission de répartition pour 6 millions donnés par le roi et les princes. — Loi du 6 septembre 1871 : alloue secours. — Loi du 7 avril 1873 : alloue 140 millions à Paris, 120 aux départements.— Loi du 28 juillet 1874 : alloue secours. — Déc. du 16 août 1876 : augmentation de crédits.

(3) Voir supplément au Moniteur Universel 9 mars 1871 p. 59.

Le projet de M. Claude fut combattu très vivement par M. Thiers qui tout en admettant la possibilité d'un large secours repousse le principe de la responsabilité de l'Etat en se basant : « sur des théories incontestées sur ce sujet, (vous) montrant la loi et la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation elle-même. » (1)

D'autres adversaires surgirent encore, qui développèrent, sinon plus largement du moins plus nettement, l'idée de force majeure. « Je dis (c'était M. Michel) que les évènements de la guerre ne constituent qu'un cas de force majeure à l'égard du droit. » (2) et l'art. 1773 servait à appuyer cette assertion. " La guerre, au point de vue purement et simplement juridique, et au point de vue de la loi, doit-être mise sur le même pied, que le cas d'inondations et d'incendies ; et les victimes pour être plus intéressantes, et plus nombreuses, ne peuvent changer ni le principe, ni la règle qui doit leur être appliquée. "

L'on entend ensuite Monsieur de Ventavon (3) prétendre que l'invasion est une charge de certains départements comme l'inondation est celle d'autres. Et quels que soient les arguments des autres députés Monsieur Thiers intervenant proclame que : " l'Etat n'indemnise jamais des hasards de la guerre, il n'indennise que des dommages volontaires, intentionnels, réfléchis dont il est l'auteur. "

L'affaire est alors entendue, et le principe de l'irresponsabilité de l'Etat se trouve confirmé par une nouvelle loi spéciale dont peuvent se servir comme d'un argument, ceux qui prétendent que l'Etat ne doit supporter aucune action en indemnité du chef des faits de guerre, parce qu'il sont cas de force majeure.

(1) Voir le rapport Grévy et la discussion. Journal officiel du 5 août 1871, pages 2453 et suivantes.

(2) officiel, 5 août. p. 2458.

(3) Officiel 5 août, p. 2463.

Section II. — Critique de l'opinion qui voit la base de l'irresponsabilité de l'etat a raison des faits de guerre, dans le caractère de force majeure que ces faits présenteraient

L'étude que nous venons de faire des arguments dont on se sert pour étayer la notion du fait de guerre cas de force majeure, nous a montré la jurisprudence, la doctrine, les principes généraux et les lois spéciales favorables à cette opinion. Critiquer pareilles idées peut paraître tâche bien ardue en face de tant d'autorités réunies. Cependant n'est-il point du ressort de la doctrine d'examiner les unes et les autres, d'en déduire les conséquences logiques, de les comparer avec celles qu'ont coutume d'en tirer les auteurs dont on a à juger l'opinion? Nous nous efforcerons donc de dégager la portée véritable de la Jurisprudence d'en comparer les résultats avec l'exacte notion de la force majeure. Nous verrons ainsi s'il est juste, et jusqu'à que point il est juste, d'affirmer que les ravages de la guerre sont cas de force majeure.

Cette solution obtenue, nous essairons de voir quel est, en réalité, l'effet de la force majeure, en cas de guerre, dans les rapports de l'état belligérant et du particulier endommagé.

Nous serons aussi amené à examiner les relations entre l'effet de la force majeure et le principe sur lequel doît être fondé la responsabilité.

Nous chercherons en troisième lieu la portée exacte des textes que les auteurs ont invoqués pour prétendre que la loi considérait les faits de guerre comme des faits de force majeure.

I. — La Jurisprudence

Dans l'exposé que nous venons de faire, nous avons vu que les auteurs s'appuyaient sur la jurisprudence pour prouver que le caractère essentiel du fait de guerre était la force majeure, et nous avons cité, comme leur servant de base, la doctrine qui résulte des arrêts Brac de la Perrière et du Temple de Rougemont. Il est incontestable, en effet, que le premier de ces arrêts formule bien nettement la prétention que nous avons à critiquer, et que le second affirme en fait, que le dommage dont du Temple de Rougemont demandait réparation à la ville de Chartres était issu d'une force à laquelle la ville ne pouvait résister.

Nous constaterons tout d'abord que les arrêts où la doctrine est ainsi nettement formulée sont extrêmement rares. L'expression que l'on rencontre généralement dans les arrêts ne fait allusion ni à la doctrine de l'acte de gouvernement ni à celle de la force majeure. Certains considèrent que telles mesures, démolitions ou pertes « constituent des faits de guerre qui ne peuvent donner lieu à aucune indemnité. » (1) ou encore comme dans une affaire Fontaine (2) « que les requérants... ne sont pas fondés à soutenir par la voix contentieuse qu'une indemnité leur est due. » ou autres formules analogues. (3) Et il est évident que de telles expressions peuvent être commodément invoquées en faveur de toute doctrine, quel que soit le principe sur lequel on l'éta-

(1) Voir par exemple : 10 août 1825 (Rousseau) Leb. 623. — 7 février 1834 (Gervaise) Leb. 461. — 23 mai 1873 (De Lamotte) Leb. 455.

(2) 6 juin 1873 (Fontaine) Leb. 509.

(3) Voir par exemple : 11 fév. 1824 (Moget) Leb. 447.— 10 août 1823 (Duchênes) Leb. 623. — 15 mars 1826 (Dassy) Leb. 30 — 8 août 1873 (Faglin) Leb. 760. — 16 mai 1876 (C^ie^ des Ponts de Billancourt) D. 76, 3. 87. — 7 Août 1891 (dame Roussel) Leb. 600. — 22 Fév. 1907 (Le Chartier) D. 08 3. 84.

blisse, pourvu qu'il en résulte l'irresponsabilité de l'Etat. Monsieur Laferrière lui-même tirait argument de certains arrêts parmi ceux que nous avons cités.

Nous pouvons même ajouter que ceux de ces arrêts qui sont postérieurs à 1870 réalisent en grande partie l'application de la théorie de Monsieur Laferrière, et nous avons vu que cet auteur, notamment dans ses conclusions relatives à l'affaire Pesty-Rémond, conclusions que nous avons citées et analysées dans le premier chapitre de notre étude, repousse énergiquement le caractère de force majeure comme criterium véritable de la nature de fait de guerre présentée par les dommages se rapportant aux nécessités immédiates de la lutte.

Il nous semble donc que c'est poser une affirmation par trop audacieuse que conclure à la consécration par la jurisprudence du criterium de la force majeure. Les arrêts qui s'en servent peuvent en effet s'expliquer par la raison que le fait de guerre n'a rien en sa nature d'incompatible avec la force majeure, et qu'il peut arriver qu'un dommage, qui résulte de la lutte, ou des nécessités immédiates de la lutte, présente pour telle personne physique ou morale, ce caractère de force majeure.

Nous estimons d'ailleurs que la jurisprudence fut-elle unanime, il ne s'en dégagerait en faveur de la doctrine qu'on en pourrait exprimer, qu'une présomption de vérité, et que cette présomption ne pourrait devenir une certitude suffisante que s'il était possible de l'appuyer sur des principes doctrinaux réellement sûrs et d'accord avec les principes généraux du droit positif sainement appréciés.

Au point de vue qui nous concerne, la seule conclusion que l'on puisse, logiquement, tirer de la jurisprudence, doit, pensons-nous, être ainsi formulée :

Il est des faits de guerre qui, relativement à certaines personnes physiques ou morales, peuvent constituer des cas de force majeure.

II. — Les Principes généraux de la force majeure et la doctrine sur la théorie du fait de guerre. Effets réels de la théorie de la force majeure

A. — La notion de force majeure

Nous l'avons vu, la force majeure ou cas fortuit, ou encore comme l'ont appelé plus exactement certains auteurs : le cas fortuit de force majeure (1) s'entend : « de tout évènement que l'on ne peut prévoir ou que l'ayant prévu on ne peut empêcher.

Le fait de guerre correspond-il à cette définition ?

A cette question nous répondrons : oui et non. Selon qu'on envisage le cas de force majeure par rapport à la victime ou à l'auteur : par rapport au particulier endommagé ou à l'armée belligérante.

La force majeure doit en effet, à notre sens, s'apprécier subjectivement. Et nous pensons que l'erreur des auteurs qui considèrent le fait de guerre comme un cas de force majeure vient précisément de ce qu'ils ont considéré le fait dans ses rapports avec la victime, plus que dans ceux qu'il a avec l'auteur.

La guerre, vue par rapport à la nation belligérante, doit-elle donc être considérée comme un cas de force majeure ? Nous ne le pensons point. A l'heure actuelle en effet, les hostilités entre grandes puissances résultent de la rupture des relations diplomatiques au sujet d'une prétention que l'une présente et que l'autre considère comme de son intérêt ou de son droit de ne point accueillir.

La guerre, avec son appel à la force, est la sanction des droits internationaux. Sa mise en œuvre est volontaire. Ce n'est pas : l'inondation, l'incendie, qui ravage tout sans être soumise à certaines règles ou certaines limites.

(1) Léon Marre : Essai sur les notions de cas fortuit et de cas de force majeure. Thèse. 1909-10.

Ce n'est pas un fléau comme la peste ou la famine, c'est l'emploi de la violence pour faire valoir des droits ou défendre la nation, mais *cette violence est canalisée, limitée par une direction administrative et les règles du droit des gens?* (1) « La violence par les armées régulières c'est la violence disciplinée, la violence sous l'autorité d'un commandant absolu auquel est confié le salut de l'armée, mais qui n'a pas reçu pour mission la ruine du territoire, c'est la violence mise au service d'une cause que l'on croit juste et dans tous les cas mise au service d'un pays... » (2)

Il nous semble donc qu'il n'est point exact de prétendre que la guerre est un événement qu'on ne peut prévoir ou auquel, l'ayant prévu, on ne peut résister. La guerre à l'heure actuelle est de la part d'une nation un fait réellement volontaire, (3) elle pourra comme nous le verrons plus loin être « pratiquement inévitable » au point de vue du bon fonctionnement des services publics, cela ne

(1) Depuis 1870 cette limitation de l'emploi de la force par le droit des gens s'est très sensiblement accentuée par suite de la création, à côté du droit des gens, tel qu'on l'entendait autrefois, d'un droit international public d'origine contractuelle et dont la source se trouve dans les conventions internationales relatives aux lois et coutumes de la guerre.

En 1877, à Bruxelles, sur l'initiafive du Tsar une première conférence eut lieu. Elle ne put aboutir à la signature d'une convention.

Plus heureuses furent celles qui se réunirent à la Haye en 1899 et 1907. La première reprit et fit aboutir, après quelques retouches, le projet élaboré à Bruxelles en 1777. A notre avis, l'œuvre la plus importante de la seconde fut, comme nous le verrons plus loin, de sanctionner le règlement relatif aux lois et coutumes de la guerre, par l'admission d'une responsabilité des belligérants, à raison des faits de guerre accomplis par eux en violation du Règlement.

(2) Féraud-Giraud, op. cit. p. 4. N° 3.

(3) La guerre, disons-nous, est un fait volontaire de la part des belligérants. Cela est vrai en ce sens que le droit international public dans son état actuel fournit aux nations des moyens pratiques de régler pacifiquement les conflits qui s'élèvent entre elles. D'ailleurs ce que ce terme de « volontaire » pourrait avoir de trop absolu est corrigé dans notre pensée, par l'idée, que pratiquement, au point de vue de la bonne administration (dirait M. Hauriou) l'emploi de la force peut être inévitable.

lui donnera point cependant le caractère de force majeure.

Ce qui est vrai de la guerre, est exactement vrai des conséquences de la guerre. Toutes les nations édictent et publient des règlements militaires sur le service en campagne, sur le service des places, sur les travaux de campagne, etc... où tout ce que la jurisprudence entend par « fait de guerre » est prévu dans les détails et réglementé. Jusqu'à quel point, après cela, est-il permis de prétendre que les faits de guerre sont des événements que l'on ne peut prévoir. Et comment peut-on affirmer que la violence de l'ennemi est une force majeure à laquelle on ne peut résister, puisque la guerre consiste précisément en la mise en œuvre volontaire de cette force de résistance.

Nous concédons cependant que le dommage qui provient de la défaite, celui qui résulte de l'invasion à la suite de la retraite nécessaire des troupes qui ne peuvent plus résister, présente le caractère de force majeure. Mais pour nous, la force majeure ne consiste pour chaque opération que dans l'impossibilité de la résistance, dans chaque épisode de la défaite. La marche des troupes en avant est prévue et volontaire : la lutte c'est le but auquel tend l'armée et que veut la nation. La force majeure ne commence que quand la lutte n'est plus possible.

C'est en nous appuyant sur ces raisons, que, là où la Jurisprudence voit des faits de guerre, nous nous refusons à voir des cas de force majeure. Lorsque par exemple un général de l'armée donne ordre de faire sauter une maison, dans laquelle il avait constitué un dépôt de poudres, afin que les poudres et munitions ne tombent point au pouvoir de l'ennemi. (1) Il peut y avoir à cet acte des raisons d'utilité pratique, de bonne administration, il n'y a point force majeure. De même l'occupation d'une mai-

(1) Arrêt Dassy déjà cité.

son peut-être utile pour la défense d'une place, pour protéger l'accès d'un point stratégique en vue d'une attaque possible de l'ennemi, il n'y a point cependant, dans les circonstances de cette occupation (1) les caractères d'imprévision et de nécessité insurmontable qui sont exigibles pour constituer la force majeure.

Il nous semble que raisonner autrement c'est confondre la force majeure avec une certaine utilité plus ou moins pressante.

Il nous apparait qu'il n'y a plus de bonne raison pour qu'on n'étende pas la force majeure à tout ce qui est simplement utile à la lutte, même aux marches d'approche et aux opérations nécessaires à la nourriture et à l'entretien des troupes. A vouloir des limites trop élastiques on en arrive à n'avoir plus de limites du tout. Et on aboutit ainsi, comme la jurisprudence, à étendre l'irresponsabilité de l'Etat à des mesures qui dans la, réalité sont des faits préventifs et volontaires, et à consacrer sous une apparence de principes juridiques, de véritables dénis de justice. (2)

Nous estimons donc, que la notion de fait de guerre telle que l'entend la jurisprudence et la doctrine, est beaucoup trop large pour que les caractères de la force majeure puissent se rencontrer dans chacune des espèces où on prétend les trouver, et qu'ainsi la force majeure ne peut être le criterium permettant de justifier le classement des ravages de la guerre tel qu'il est conçu en ce moment encore.

(1) 6 juin 1872 (Bertin) Leb. 358.

(2) 11 juillet 1873 (Cohen) Leb. 631. — 19 déc. 1873 (Dufour) Leb. 954.— 13 mars 1874 (Collet) Leb. 259. 1er mai 1874 (Defresne Leb. 404.

B. — Limites de l'application de la théorie de la force majeure

Nous repoussons en outre l'application de la notion de force majeure à la théorie du fait de guerre, parce que nous estimons que cette notion ne peut servir pour solutionner d'une façon générale la question de la responsabilité ou de l'irresponsabilité de l'Etat en cette matière, et cela pour deux raisons :

1° La force majeure ne peut être une raison d'exonération de responsabilité que dans les cas de responsabilité pour faute, or il ne peut être ici question de rien de pareil.

2° Les auteurs qui voient dans la force majeure un cas d'exonération de toute obligation n'ont aperçu qu'un côté de la question et ne semblent pas se douter que la doctrine classique de la force majeure, et une législation presque aussi ancienne que notre civilisation, admettent des cas où la force majeure, non seulement peut ne pas éteindre les obligations existantes, mais, peut, même, occasionner la naissance d'obligations nouvelles.

Et tout d'abord, la notion de force majeure ne peut être une cause d'exonération de la responsabilité que dans les cas de responsabilité pour faute. Cela ressort avec la plus entière évidence de tous les commentaires des auteurs au sujet des effets de la force majeure.

« Pour qu'il y ait délit ou quasi-délit, nous dit M. Laurent, il faut qu'il y ait faute, or la force majeure exclut toute idée de faute. Si donc le dommage résulte d'un cas fortuit, la partie lésée n'a aucune action en dommages et intérêts parce que personne n'est responsable du dommage. » (1)

Le droit civil, en effet, que, comme nous l'avons vu dans l'introduction de ce travail, d'aucuns avaient voulu

(1) Laurent : Principes de Droit civil français. T. 20, n° 450.

mettre à la base de toute responsabilité, même de la responsabilité de l'Etat, exige, pour qu'une personne soit responsable, que le dommage dont a à souffrir le demandeur en indemnité soit, non seulement la conséquence de son fait, mais se présente en plus comme résultat de sa faute, c'est-à-dire de son activité consciente : qu'il y ait méchanceté, imprudence, négligence ou ignorance coupables, somme toute un élément volontaire, un consentement. De même que dans les contrats le consentement doit-être exempt de vices, de même dans les délits ou quasi-délit, l'élément intentionnel, volontaire, quoique plus ou moins conscient, doit-être exempt de toute violence. La force majeure, venant supprimer ou fortement atténuer cet élément conscient, supprime ou atténue dans la même mesure l'imputabilité et la responsabilité.

C'est ce qu'exprime très nettement le traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie en disant : (1) « Tout délit ou quasi-délit suppose en outre l'imputabilité. Il y a imputabilité quand l'acte procède d'une volonté libre, ce qui est nécessaire pour qu'il constitue une faute ; or il résulte de l'article 1382 qu'en l'absence de faute, l'agent n'est pas tenu des dommages-intérêts..... La décision judiciaire qui alloue des dommages-intérêts, sans constater nettement une faute à la charge de la partie condamnée, manque de base légale..... L'imputabilité étant un des éléments essentiels de tout délit ou quasi-délit, il ne saurait y avoir lieu à réparation, soit quand le fait préjudiciable a pour cause un cas fortuit ou un événement de force majeure, solt quand il a été accompli par une personne dépourvue du discernement nécessaire pour comprendre ses actes. »

Voici mise bien en évidence la connexion de la force majeure et de la notion de faute. Il n'y a pas responsabi-

(1) Baudry-Lacantinerie : Traité théorique et pratique de Droit civil. Tome XIII bis n° 2856.

lité en cas de force majeure, dit-on, parce qu'il ne peut y avoir volonté coupable, la volonté étant influencée par la force imprévue et irrésistible.

Nous comprenons cette conception de la force majeure avec la conception de la responsabilité basée sur le code civil, mais nous ne pouvons la comprendre en face de la construction nouvelle de la responsabilité de l'Etat. Nous avons pu noter en effet que quelle que soit la ou les bases juridiques que l'on assigne à la construction jurisprudentielle noderne de la responsabilité de l'Ftat, il y avait à côté de la responsabilité pour faute de service (dont le concept s'éloigne d'ailleurs notablement de la notion classique de la faute civile) une responsabilité sans faute, qui apparait dans certains cas : par suite de l'anomalie du préjudice causé ; ou de l'enrichissement sans cause (même en moins dépensant) obtenu par le fonctionnement légal des services publics. Le type de cette responsabilité est l'opération des travaux publics.

Il ne nous est pas difficile de faire ressortir l'analogie frappante qui existe entre les dommages causés par les travaux publics et ceux causés par la guerre en général et les « faits de guerre » en particulier.

Les raisons que donne M. Laferrière de l'admission de cette responsabilité sans faute à raison des travaux publics, sont au nombre de trois : (1)

1° Les travaux publics sont plus importants et en règle générale mettent en jeu des forces plus considérables que les travaux particuliers.

2° L'administration agit sur les terrains où sont construits les travaux en vertu d'actes de la puissance publique et avec une destination spéciale.

3° Enfin l'ouvrage public devant profiter à tous, il est juste que les charges en soient également réparties entre tous.

(1) Laferrière. Traité de la Juridiction adm. 2e édit. Tome II.

Si nous reprenons ces trois motifs d'une conception spéciale de responsabilité sans faute à raison des travaux publics, nous nous apercevrons très facilement qu'ils peuvent avoir la même valeur et entraîner la même conclusion appliqués aux faits de guerre.

Il est en effet évident que l'activité des services publics de défense nationale : la mise en œuvre d'une armée de campagne ou l'entreprise d'un siège sont manifestement plus importantes que n'importe quelle activité des particuliers. Il est aussi visible qu' « en règle générale (elles) mettent en jeu des forces plus considérables que les travaux particuliers. » « C'est la violence mise au service d'un pays » disait, nous l'avons vu, M. Féraud-Giraud.

Voilà qui est suffisant ce nous semble pour voir réserver à cette activité dommageable spéciale un sort particulier.

Mais ce qui donne à cette responsabilité de l'Etal un nouveau caractère c'est que ce doit être une responsabilité sans faute. En effet dans l'acte de guerre comme dans l'opération de travaux publics, l'administration agit « en vertu d'actes de la puissance publique et avec une destination spéciale. »

« Inter arma silent leges » disait-on autrefois. On a atténué quelque peu aujourd'hui la rigueur primitive de cet adage, il n'en est pas moins vrai que du fait de la guerre, les pouvoirs discrétionnaires des services publics de défense nationale sont considérablement augmentés. Alors qu'en temps normal l'inviolabilité de la propriété privée est garantie par des formes spéciales d'expropriation, et subordonnée dans ses effets à une juste et préalable indemnité, en temps de guerre, la rapidité nécessaire aux opérations fait abandonner ces formes et ces conditions préalables ; et les décisions exécutoires de l'autorité ne sont plus soumises à aucune entrave. Lors donc qu'un général fait détruire un maison pour soustraire, à l'ennemi qui va venir, les munitions qu'elle con-

tient, il y a certe dommage, mais dommage sans faute. Lorsque les troupes font sauter un pont, soit pour arrêter les progrès de l'ennemi, soit pour couper sa retraite, il y a source de dommage, mais il n'y a point faute.

Si donc la question de responsabilité vient à se poser, ce sera une responsabilité spéciale, sans intervention du concept de faute.

Et comme M. Laferrière pour les travaux publics, nous sommes poussés à l'admettre à raison des faits de guerre, car ce dommage, fait dans l'intérêt de la nation, « devant profiter à tous, il est juste que les charges en soient également réparties entre tous. » Nous verrons plus tard pourquoi et en quels cas.

Pour le moment il nous suffit d'avoir montré, et nous croyons l'avoir fait, que si la question de la responsabiliié de l'Etat à raison des faits de guerre doit se poser, c'est par l'application de la théorie de la responsabilité sans faute qu'on la doit résoudre, et que, dans ce cas, l'idée de force majeure, liée à la théorie de la faute, est inapplicable et inopérante.

En second lieu nous espérons démontrer, disons-nous, que les auteurs, qui voient dans la force majeure un cas d'exonération de toute obligation, n'ont aperçu qu'un côté de la question, et ne semblent pas se douter que la doctrine classique de la force majeure, et une législation dont l'origine est presque aussi ancienne que notre civilisation, admettent des cas où la force majeure, non seulement peut ne pas éteindre les obligations existantes, mais peut même occasionner la naissance d'obligations nouvelles.

M. Dommenget, dans l'étnde qu'il a fait de la force majeure et des fortuits, étude que nous avons déjà citée tout à l'heure, après en avoir énoncé la définition traditionnelle, avoir fait la classification en cas fortuits produits par la nature et issus du fait de l'homme, selon les

habitudes de la doctrine, passe à l'examen des effets de la force majeure.

C'est précisément dans cet examen que la doctrine classique, la doctrine véritable, à notre avis, diffère totalement des notions qui ont été conçues par les auteurs qui veulent mettre la force majeure à la base de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre.

Dans une formule que nous avons citée précédemment, M. Dommenget énonce comme l'un des effets de la force majeure celui sur lequel ces auteurs, partisans de l'irresponsabilité, fondent leur doctrine. Et il conclut : « Lorsque c'est par un évènement de force majeure qu'une perte ou un dommage a été causé à une personne, celle-ci n'a droit à aucune indemnité. » Toutefois l'auteur ajoute aussitôt « *Mais ceci doit être restreint à l'hypothèse où l'évènement de force majeure n'a pas enrichi une personne aux dépens de celui qui en a souffert.* »

« Au contraire, lorsque le cas fortuit préjudiciable à une personne en enrichit une autre à ses dépens, cette dernière est tenue d'indemniser la première. »

Et c'est précisément l'hypothèse qui se réalise dans les cas de responsabilité pour dommage causé sans faute, dommage qui d'après M. Hauriou (1) « est un préjudice qui se présente comme la conséquence pratiquement inévitable d'une opération administrative régulièrement entreprise, » et qui entraîne responsabilité toutes les fois qu'il en résulte un enrichissement sans cause, même en moins dépensant, au profit des services publics et au détriment de certaines personnes,

M. Dommenget ne se contente d'ailleurs pas d'énoncer cette règle comme un axiome, il s'appuie sur l'autorité d'auteurs réputés Domat et Touillier dont l'opinion se trouve confirmée par la subsistance dans nos lois de dispositions inspirées de ce principe.

(1) Hauriou, op. cit. 7e édit. p. 480.

Domat en effet en ses « loix civiles »(1) expose que « les cas fortuits qu'on ne peut imputer à aucune faute, peuvent avoir de diverses suites pour ce qui regarde les engagements »..... « Quelquefois ils rompent les engagements » (ex. Perte dans la vente).

« Quelquefois le cas fortuit diminue l'engagement. » (Diminution du fermage en cas de grêle, pluie, etc...). « D'autres fois le cas fortuit ne change rien à l'engagement quoîqu'il cause des pertes ». « Et il arrive enfin par un autre effet des cas fortuits, qu'ils forment des engagements d'une personne à une autre... »

Et dans une première section de son travail l'auteur examinant comment se forment les engagements qui naissent des cas fortuits, cite comme exemple l'obligation, qui résulte pour l'inventeur, de la trouvaille d'un objet perdu, — l'obligation, pour le propriétaire d'un fonds, à raison du dépôt de matériaux effectué sur ce fonds à la suite du débordement d'une rivière, — celle des propriétaires de marchandises sauvées, à la suite d'une tempête, par le jet de choses appartenant à autrui, etc...

C'est la même doctrine que professe Toullier (2) qui traite « des engagements sans convention qui naissent à l'occasion des cas fortuits ». En d'autres termes, c'est le même principe qu'il invoque et ce sont les mêmes exemples qu'il donne. C'est ainsi qu'il professe que quand un cas fortuit enrichit une personne au dépens d'une autre, la première doit rendre ou laisser reprendre ce que l'autre a perdu. Ex... dans les choses égarées ou entraînées par les eaux snr l'héritage d'autrui. Il y a de même une obligation que fait naître le cas fortuit qui oblige ; de jeter des choses à la mer pour sauver le navire ou de payer une somme pour le racheter.

(1) Livre II. Titre IX, édit. de 1777, Paris, Nyon, p. 310 et suiv.

(2) Toullier et Duvergier. — Le Droit civil Français, sixième édition T. 6. Titre IV, section 3. p. 266 et s. §§ 323 et 329.

On peut, nous le disions en commençant, trouver encore dans nos lois actuelles la réalisation de ce principe, notamment dans l'article 563 du code civil tel qu'il a été modifié par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux (art. 37), et dans les articles 410 et suivants du code de Commerce.

L'article 563 du Code civil envisage le cas où un fleuve ou une rivière navigable ou flottante se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit. Il y a bien là ce nous semble un cas fortuit !... Cela n'empêche point l'art. 563 de reconnaître au profit des propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours « une créance en indemnité, proportionnelle à la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux, au paiement de laquelle sera affecté le prix d'achat de l'ancien lit.

L'article 5 de la même loi du 6 avril 1898 reconnait à ceux qui ont souffert de pareil changement de lit, mais du fait d'un cours d'eau non naviguable et non flottable, le droit de rètablir les choses en état, ce qui implique l'obligation, pour les intéressés, de laisser pénétrer sur leurs héritages pour l'exécution de ces travaux.

Les articles 410 et suivants du code de Commerce envisagent l'hypothèse du jet. « Si par tempête ou par la chasse de l'ennemi, le capitaine se voit obligé, pour le salut du navire, de jeter en mer une partie de son chargement, de couper ses mâts ou d'abandonner ses ancres », les propriétaires des choses jetées ou endommagées par le jet acquièrent de ce fait une créance en indemnité.

« La répartition pour le paiement des pertes et dommages est faite sur les effets jetés et sauvés, et sur la moitié du navire et du fret, à proportion de leur valeur au lieu du déchargement. » (art. 417) Et cependant ne peut-on pas dire que ce jet et ces dommages résultent de la lutte ou « des nécessités immédiates de la lutte » contre un cas de force majeure.

Il semble donc que la doctrine et la loi soient absolument d'accord pour conclure qu'il est des cas où la force majeure au lieu d'être une cause d'extinction d'obligations devient au contraire une source de créance en faveur de celui qui en a souffert.

Nous conclurons cette étude des règles générales de la force majeure d'après la doctrine, et de l'étendue réelle de son application aux questions de responsabilité en général, et à celle des faits de guerre en particulier, en disant

1° Les auteurs, qui veulent voir dans les faits de guerre des cas de force majeure. ont étendu ce concept de force majeure au delà des limites que comporte la définition traditionnelle.

2° Que ces mêmes auteurs se sont en outre abusé sur les effets véritables de la force majeure : tout d'abord en la faisant intervenir dans un domaine où il ne peut être question que de responsabilité sans faute, où donc, par sa nature, elle ne peut produire d'exonération. Secondement en négligeant de remarquer que si la force majeure est souvent cause d'extinction d'obligations, il arrive parfois qu'elle en devient la source, ce qui, nous l'avons déjà vu, peut parfaitement être le cas dans l'espèce que nous étudions.

III. — Etude des textes spéciaux invoqués par les auteurs pour prouver, à l'appui de leur doctrine et de leur explication de la Jurisprudence, que le droit positif considère les faits de guerre comme des cas de force majeure.

Nous avons précédemment cité les divers textes législatifs qui, depuis les guerres de l'Empire, ont, nous l'avouons, repoussé l'idée d'une obligation de l'Etat envers les victimes des faits de guerre, se contentant d'accorder un secours, dont la répartition ne pouvait donner lieu à

aucune réclamation contentieuse, puisqu'elle ne constituait point la liquidation d'une dette de l'Etat.

Malgré ces textes, qui ne sont. à notre avis, que des lois d'exception, votées et promulguées pour l'utilité financière de l'Etat beaucoup plus que dans l'intention d'assurer une équitable répartition des charges de la guerre; nous persistons à croire que la question de la responsabilité de la nation, n'est point close, et qu'il est permis, en doctrine, d'examiner, à propos de ces textes, comme nous avons tenté de le faire pour la jurisprudence et les diverses opinions des auteurs, si ces lois trouvent un fondement réel dans les principes du droit supérieur qui doit, dans tous les cas, dominer l'élaboration des textes par le législateur, et leur application par le juge.

En effet les lois de dédommagement ne sont que des lois de circonstance, statuant pour la liquidation d'une situation donnée, et ne présentant pour l'avenir que l'autorité d'un précédent, laissé dans le domaine de la libre discussion.

Il nous importe donc de savoir si, comme l'ont prétendu certains auteurs, c'est en se basant sur le caractère de force majeure présenté par les faits de guerre, que ces lois refusent de reconnaître un droit à indemnité aux particuliers victimes de cette source de dommages.

Pour solutionner la question, l'étude des textes ne suffit pas, car si nous y trouvons l'affirmation, qu'aucune obligation juridique en indemnité n'existe à la charge de l'Etat. nous n'y trouvons point l'indication du, ou des principes juridiques, qui servent de base aux dispositions du législateur. Il nous faut nous reporter aux travaux préparatoires. Parmi ceux que nous avons étudiés, les débats relatifs à la loi du 6 Septembre 1871 nous paraissent avoir été ceux au cours desquels la question fut le mieux examinée et de façon la plus sérieuse. Nous avons eu l'occasion de signaler précédemment dans quelles circonstances et de quelle manière la question s'était posée, à la suite

des désastres dont notre pays eut à souffrir à en 1870-1871, et sur le texte d'une proposition de M. Claude, député de la Meurthe.

Les auteurs, dont nous examinions l'opinion tout à l'heure. ont voulu voir en ces discussions, dans le refus de reconnaissance d'un droit à indemnité qui les clôtura, la consécration de leur théorie de la force majeure fondement de l'irresponsabilité de l'Etat.

L'énoncé de cette doctrine et des arguments dont on la soutient, se trouve dans les interventions de MM. Michel, de Ventavon et Thiers, qui par sa grande influence emporta le vote de la loi.

M. Michel affirmait « que les événements de la guerre ne constituent qu'un cas de force majeure à l'égard du droit » et se basait sur la jurisprudence et l'article 1773 du Code civil. C'est l'affirmation la plus nette de l'argument. Nous avons vu que la Jurisprudence ne fournit pas une conclusion tellement catégorique. Quant à l'article 1773 nous nous en occuperons dans quelques instants : bornons-nous à noter, qu'à notre sens, il n'est pas raisonnablement soutenable que cet article ait une valeur quelconque en l'hypothèse. Nous considérons comme plus sérieuse l'opinion de M. Louis Passy qui répondait à ces arguments : « La guerre n'est pas un fait de force majeure mais un cas de responsabilité matérielle et morale. *Elle ne dérive pas d'une cause naturelle et inévitable, mais d'une cause morale et personnelle, non pas d'un hasard de la nature mais du fait de l'homme*» (1)

L'examen de l'idée de force majeure nous a fait apparaitre en effet la vérité de cette dernière conclusion. Il ne nous semble pas possible, d'ailleurs, de prétendre que cette idée juridique de la nature fortuite du fait de guerre, ait été la raison du vote de la loi, mais bien l'intervention de M. Thiers qui pour « libérer » la nation de son obliga-

(1) Journal officiel du 5 Août 1871.

tion à indemnité, ne traita pas la question avec autant de considérations spéculatives, mais se borna, sans en établir le bien fondé en droit, à s'appuyer sur les précédents législatifs et jurisprudentiels, dont il exprime l'idée directe en disant : « l'Etat n'indemnise jamais des hasards de la guerre, il n'indemnise que des dommages volontaires, intentionnels, réfléchis dont il est l'auteur ». — Son argument principal était surtout l'intérêt du Trésor, qui aurait été compromis par les charges considérables résultant de la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat. A notre avis, M. Albert Grévy en son rapport (1) avait victorieusement répondu d'avance à cette objection, en prouvant que le Crédit de l'Etat ne se rétablit pas en laissant dans la ruine un tiers du pays, ne se maintient que par la fidélité dont il fait preuve en acquittant ses obligations, et qu'au point de vue pratique la charge de la responsabilité pouvait être allégée par des arrangements, par exemple des remboursements échelonnés. M. Louis Passy concluait en ce sens : « Vous pouvez parfaitement proclamer le principe de la solidarité nationale, sans engager vos finances au delà du possible, puisque vous, représentants de la nation, vous restez les maîtres de liquider l'invasion au point de vue privé, comme vous l'avez fait au point de vue public ». « Je veux qu'on reconnaisse ce qu'on doit et qu'on paye ce qu'on peut. »

Au point de vue juridique il nous semble donc que les lois de dédommagement, inspirées au fond des mêmes principes que ceux qui furent développés dans ces débats relatifs à la loi du 6 Septembre 1871, ne consacrent pas avec évidence la valeur de l'idée de force majeure. Mais que ce fut une considération pratique, que seule l'autorité du pouvoir exécutif put rendre décisive, qui en détermina l'adoption. Et cette considération pratique, nous l'avons vu, était certainement contestable. M. Buffet en

(1) Officiel du 5 août 1871.

avait, en outre, montré l'injustice. « On vous a dit, répondait-il, que les charges qui résulteraient de cette solidarité seraient accablantes pour l'Etat. Comment ! Messieurs, vous dites qu'elles seraient accablantes pour la France entière, et que seront-elles donc pour les trente-trois départements auxquels on voudrait les laisser, au moins pour la plus forte part ? ! »

Nous concluons de ceci que s'il nous faut admettre comme un fait, ayant pour le législateur la valeur d'un précédent, le refus du droit à imdemnité par les lois de dédommagement, (comme nous l'avions admis pour les solutions de la jurisprudence), nous ne pouvons lui reconnaître que cette valeur seulement. Et cette valeur est d'autant plus précaire que, nous l'avons vu, ces solutions ne peuvent s'appuyer sur aucun principe véritablement juridique, l'examen des principes sur lesquels on tenta de construite la théorie du fait de guerre, acte de gouvernement ou cas fortuit, nous ayant montré l'inanité de ces prétentions,

On a cependant encore invoqué en faveur de l'idée de force majeure base du concept de fait de guerre, le fait que l'article 1773 du Code Civil comprend les ravages de la guerre dans l'énumération qu'il fait des « cas fortuits extraordinaires. »

Cet argument nous étonne sous la plume d'auteurs comme MM. Michoud (1) et Le Courtois, (2) qui ont coutume d'employer des raisons plus sérieusement approfondies. Que dit donc, en effet, cet article 1773? Il vise l'hypothèse d'un fermier qui voit « la totalité ou la moitié au moins de sa récolte enlevée par des cas fortuits ». D'après les articles 1769 et 1770 le fermier peut demander et obtenir une remise du prix de sa location. Toutefois, d'après l'article 1772 « le preneur peut être chargé des

(1) Michoud, op. cit. p. 325.
(2) Le Courtois, op. cit. p. 211.

cas fortuits par une stipulation expresse » qui d'après l'article 1773 « ne s'entend pas des cas fortuits extraordinaire, tels que les raxages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le preneur n'ait été chargé de tous les cas fortuits prévus ou imprévus. »

Comme on le voit, l'article 1773 vise une hypothèse tout à fait particulière. Est-on logiquement en droit de prétendre que, parce que, dans ce texte, les ravages de la guerre sont considérés comme cas fortuits par rapport au fermier endommagé, ce fermier ne pourra jamais obtenir d'indemnité?

Une telle conception est insoutenable. Il s'agit là des rapports de droît civil existant de fermier à bailleur. Les ravages de la guerre sont, pour l'un comme pour l'autre, des cas fortuits, car il n'y a et il ne peut y avoir entre le bailleur et le fermier d'une part, et ces ravages d'autre part, aucune relation de cause à effet. Ces dommages sont de ceux que le fermier ni le bailleur ne peuvent prévoir, et auxquels ils ne peuvent résister. Ici le caractère de force majeure, relativement à ces dommages et à ces personnes, est compréhensible.

Mais nous avons vu en examinant la notion classique de la force majeure que ce caractère n'était pas absolu, et ne devait pas être apprécié d'après une force de résistance conçue in abstracto, la même dans tous les cas ; mais bien subjectivement, relativement à la cause véritable de la force majeure. L'effet de cette force, que l'on invoque dans le domaine de la responsabilité. est en effet l'impossibilité de considérer un individu comme responsable parce qu'il est manifeste : ou bien, que la cause du fait qui motiverait cette responsabilité est une force complètement étrangère à cet individu ; ou bien qu'il a été seulement le support, l'instrument de cette force contre laquelle il ne pouvait rien.

L'article 1773 prouve simplement que les ravages de la

guerre, résultant d'une force complètement étrangère et au fermier et au bailleur, doivent être considérés, relativement à eux, comme des cas fortuits de force majeure, que cet article qualifie en outre d'extraordinaires relativement au lieu où ils se produisent (montrant ainsi le bien fondé de notre appréciation relative de la force majeure) parce que les ravages sont de ceux « auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet. »

Il ne peut donc avoir aucune valeur relativement aux rapports d'un particulier lésé dans sa propriété avec l'Etat belligérant qui, par son activité, est la cause des ravages de la guerre, et qui comme tel, est, ou non, tenu à réparation selon que, d'après les principes de son droit public interne, il est, ou non, responsable des manifestations dommageables de l'activité de sa puissance publique.

Certains auteurs, notamment M. Le Courtois (1) ont encore invoqué en faveur de leur thèse la loi des 8-10 Juillet 1791 sur les places de guerre comme établissant, d'une façon générale, le criterium de la force majeure pour servir de base à la solution de la question d'indemnité. Cette loi, dans son article 5, dispose que : « les places de guerre et postes militaires seront considérés sous trois rapports, savoir : dans l'état de paix, dans l'état de guerre et dans l'état de siège » et dans son article 38 : « Dans les cas prévus par les articles 35, 36, 37 ci-dessus, les particuliers dont les propriétés auront été endommagées, seront indemnisés aux frais du Trésor public, sauf pour les maisons, bâtiments et clôtures existant à une distance moindre que 250 toises de la crête des parapets des chemins couverts. « Les articles 35, 36 et 37 prévoyaient les dommages qui pouvaient survenir, du fait des travaux de mise en état de défense des places fortes « en état de paix » (art. 35), « en état de guerre » (art. 36) « dans le cas

(1) Le Courtois, op. cit. p. 213 et suiv.

d'urgente nécessité » (art. 37). Les auteurs qui soutiennent l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre triomphent des expressions de ces textes et disent les travaux faits en état de paix et en état de guerre entrainent indemnité et encore faut-il qu'il n'y ait aucune complication de force majeure ! Mais l'état de siège n'est point prévu, il n'y a aucun droit à indemnité, et cela se conçoit car l'état de siège constitue au premier chef un cas de force majeure. (1).

C'est l'avis notamment de M. Collet (2) qui voit dans les dispositions de cette loi la consécration du système de Vattel qui ne reconnaissait l'obligation de l'Etat à indemniser les particuliers qu'à raison des dommages causés librement et par précaution, tous les autres dommages laissant l'Etat irresponsable.

Cette conception fut, nous l'avons vu, celle de la Jurisprudence qui interpréta la loi des 8-10 Juillet 1791 de façon restrictive.

Malgré le nombre des arrêts et l'autorité des auteurs, nous estimons qu'elle eut tort, et nous pensons, non seulement qu'il n'est pas permis de conclure du silence de cette loi sur la question de l'indemnité à raison des dommages causés durant l'état de siège, que l'Etat est irresponsable de ces dégâts ; mais encore que la loi, en ses articles 36 et 37, prévoyait tous les ravages de la guerre de siège et accordait à tous indemnité sans aucune distinction.

Une telle prétention pourra sembler tenir du paradoxe. Nous espérons cependant, qu'après nous avoir suivi dans l'étude des travaux préparatoires de la loi des 8 et 10 Juil-

(1) Le Courtois, loc. cit. — On pourrait aussi bien interprêter en un sens très voisin certains arguments de M. Laferrière dans ses conclusions sur l'affaire Pesty Rémond ou celles de M. David dans ses conclusions relatives à la solution du conflit élevé par le préfet du Rhône à propos de l'affaire Brac de la Perrière.

(2) Collet. — Revue critique 1871-72. T. I, p. 447 et suiv.

let 1791, on voudra bien nous juger avec plus d'indulgence et concéder que, si la Jurisprudence et la doctrine nous ont par avance donné tort, notre idée est cependant logiquement soutenable, et que, de ce fait, il est possible d'affirmer : que c'est à tort que les auteurs invoquent cette loi pour établir que les faits de guerre en tant que cas de force majeure, entrainent l'irresponsabilité de l'Etat.

Il ressort en effet des travaux préparatoires de la loi du 8-10 Juillet 1791 (1) que, la considération d'un troisième état des places de guerre dit « état de siège » n'a été introduite dans le texte que *dans un but politique* et que cette distinction ne devait être dans l'esprit de ses auteurs, comme dans celui des législateurs de 1791 en général, d'aucun effet sur la question de la responsabilité à raison des dommages causés par les travaux de défense des places de guerre.

En effet, si nous nous reportons à ces débats (2) nous voyons que le projet de loi, relatif aux places de guerre disposait en son article 5 : « les places de guerre et postes militaires seront considérés sous deux rapports, savoir : dans l'état de paix et dans l'état de guerre ». L'article ainsi rédigé fut adopté sans discussion ainsi que l'art. 6 qui définit « les rapports du pouvoir civil avec l'autorité militaire dans les places » *en état de paix*. L'article 7 déterminait ces mêmes rapports dans les places en état de guerre et disait : « Dans les places de guerre et les postes militaires en état de guerre, *les officiers civils cesseront d'être chargés de l'ordre et de la police intérieure*, et

(1) L'argument que nous tirons de ces travaux préparatoires n'est que secondaire. Nous avons cru cependant devoir le développer pour montrer la faiblesse de certains arguments de textes dont les partisans de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre ont usé pour étayer leur doctrine.

(2) Voir Moniteur universel N° du 26 mai 1791, p. 606. — N° du 28 juin 1891. p. 739. — Archives parlementaires. Séance du 24 mai 1791. T. 26, p. 392 et 394.

l'autorité dont ils sont revêtus par la loi pour remplir ces divers objets, passera aux agents militaires qui *l'exerceront exclusivement* sous leur responsabilité. »

C'est alors que les préoccupations des politiciens, prenant le pas sur les considérations militaires, intervinrent. Rewbell s'écria : « Vous aurez fait cesser dans les villes toute autorité civile, quelle qu'elle puisse être ; vous aurez investi le commandant *militaire de toute l'autorité possible* ; et *si le commandant militaire est un aristocrate* que deviendra la province ? » — « Considèrez d'ailleurs, ajouta M. Prieur, que la déclaration que telle place est en état de guerre peut être très fréquente et que, sur des alarmes bien ou mal fondées, il serait très possible que le corps législatif déclarât toutes les places en état de guerre. Quels dangers alors de remettre entre les mains des militaires une police universelle ! »

« Mais parlons sans chaleur et transigeons sur l'article. N'y aurait-il pas moyen de donner la police intérieure aux officiers civils pour ce qui regarde les petits désordres qui peuvent se commettre dans l'intérieur des villes et de laisser le reste aux officiers militaires. »

M. Delavigne propose alors le renvoi aux comités de constitution et militaire, et demande au corps législatif de prononcer l'ajournement.

Et malgré une intervention de M. Noailles, malgré les conclusions contraires du rapporteur M. Bureaux de Pusy « L'assemblée consultée, décrète le renvoi des articles 8 et 9 aux comités militaires et de constitution, qui sont chargés de les examiner de nouveau, de leur substituer d'autres articles propres à concilier la sûreté des places avec la liberté et les droits des citoyens... » (1)

Le 25 Juin 1791 à la séance du matin, M. Bureaux de Pusy revient avec les articles 7, 8 et 9 que les comités présentaient à nouveau au Corps législatif tels qu'ils

(1) cf. Archives parlementaires Tomes 27 p. 551.

avaient été présentés à la séance du 24 Mai. Des amendements se produisent alors, et du choc des idées jaillit un article 7 nouveau qui réalisa une transaction, et établissait sous le nom d' « état de guerre » un état toudifférent du régime de l'art. 7 primitif. Il décida que : « les officiers civils ne cesseront pas d'être chargés de l'ordre et de la police intérieure, mais ils pourront être requis par le commandant militaire de se prêter aux mesures d'ordre et de police qui intéresseront la sûreté de la place... » Entre l'article 9 et celui qui portait dans le projet le N° 10 on intercala comme articles 10, 11 et 12 des textes nouveaux. L'article 10 sous le nom d'état de siège établissait un régime assez semblable à l'état de guerre du projet et disait : « Dans les places de guerre et postes militaires, lorsque ces places et postes seront en état de siège, toute l'autorité dont les officiers civils sont revêtus, par la Constitution, pour le maintien de l'ordre et de la police intérieure, passera au commandant militaire, qui l'exercera exclusivement sous sa responsabilité personnelle. »

Et les articles 11 et 12 indiquaient les circonstances où l'état de siège devaient exister ou prendre fin.

Cette distinction des articles 7 et 10 entre l'état de guerre et l'état de siège n'eut donc qu'un but : régler par une organisation transactionnelle, répondant à l'idée émise par M. Prieur, les rapports des autorités civiles et militaires dans les places de guerre selon les diverses circonstances.

Mais, nous dira-t-on, quel rapport tout ceci a-t-il avec la question de responsabilité ? Précisément nous n'en voyons aucun, et nous nous demandons comment l'adoption sans discussion, sous les numéros 36, 37 et 38 des textes mêmes prévus dans le projet sous les numéros 31, 32 et 33, aurait privé du droit à indemnité les particuliers en faveur desquels ils disposaient primitivement dans tous les cas, parce que sous prétexte de substituer aux

articles 7, 8 et 9 d'autres articles propres à « concilier la sûreté des places avec les droits des citoyens » et de diminuer le nombre des hypothèses où l'autorité passerait au commandant militaire, on aurait dédoublé ce qu'on nommait dans l'article 7 : Etat de guerre, pour le diviser en état de guerre proprement dit où l'autorité civile subsiste, et en état de siège où elle s'efface devant celle du gouverneur.

Ce qui nous montre d'ailleurs d'une façon décisive la vérité de notre opinion que l'article adopté sous le n° 38 à à la séance du 27 Juin 1791 (1) est identiquement celui qui,dans le projet primitif, portait le n° 33 et accordait en tous les cas une indemnité, c'est que ce texte fut voté sans aucune modification et qu'il parut au *Moniteur* (2) contenant encore la numérotation du projet primitif. Il en est de même des articles 31 et 32 anciens qui devinrent les articles 36 et 37. Pourquoi, si l'on admet qu'il y a eu erreur dans la numérotation, ne pourrait-on pas admettre qu'il y a eu erreur dans le maintien de la seule expression d'état de guerre à laquelle le correcteur eut dû accoler les mots : état de siège, pour donner à l'article l'esprit véritable que le législateur voulut y mettre.

Cet examen des travaux préparatoires aboutit donc, en réalité, bien loin de la conclusion que M. Le Courtois voulait en tirer. Au lieu de nous contraindre à accepter la force majeure comme criterium de la distinction entre les faits de guerre et les mesures préventives de défense, et partant, de l'irresponsabilié, ou de la responsabilité de l'Etat à raison des dommages qui en découlent ; cette étude nous permet de conclure avec une argumentation très suffisante à une solution unique : *la responsabilité!*

(1) Cf Archives parlementaires : loc. cit.
(2) Moniteur universel du 28 juin 1891, p. 74.

D'ailleurs, en ce qui concerne les arguments de textes. nous ne sommes pas contraints de nous retrancher ainsi perpétuellement sur la défensive, et de prouver, à propos de tous les textes, que l'on n'est point logiquement tenu de les interprêter comme fondant sur la force majeure, l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre qu'établit la Jurisprudence, et que soutient encore la doctrine.

Il nous semble qu'un texte bien net, élaboré par la seconde conférence de la paix, tenue à La Haye en 1907, nous autorise à dire avec certitude que le fait de guerre *n'est pas un cas de force majeure*, et peut entrainer, s'il en est résulté un dommage, la responsabilité du belligérant qui l'a occasionné.

En effet, l'article 3 de la convention conclue le 18 Octobre 1907 à la suite de cette conférence, stipule que : « La partie belligérante qui violerait les dispositions dudit règlement (il s'agit du règlement concernant les lois, les coutumes de la guerre sur terre) sera tenue à indemnité s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous les actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. »

Cette disposition est fort importante car elle tranche à notre avis définitivement la question du fait de guerre : cas de force majeure. Elle montre bien que l'on ne peut, a priori, arguer du caractère de force majeure pour conclure à l'irresponsabilité du belligérant à raison des dommages causés par les faits de guerre dont il est l'auteur. Si le caractère de force majeure existait dans toutes les hypothèses de faits de guerre, si ce caractère était suffisant pour éluder la responsabilité, il ne pourrait, en droit, (aussi bien en droit public international qu'en droit public interne), pas plus être question de responsabilité délictuelle que de responsabilité quasi-délictuelle. C'est la conclusion la plus évidente qui se dégage de ce texte, après l'affirmation de la responsabilité du belligérant à raison des dommages causés par ses faits de guerre illicite.

Ce texte est d'autant plus intéressant à considérer que, à examiner les discussions qui en ont précédé l'acceptation, (1) on voit que c'est l'intervention des plénipotentiaires français, MM. Renault et Général Amourel, qui amena la rédaction définitive, et la portée plus nettement générale donnée à cet article.

Il nous est permis d'en conclure semble-t-il que :

1° le fait de guerre ne constitue pas en tous cas un fait de force majeure,

2° ce caractère de fait de guerre n'est pas, a priori, une cause d'exonération de la responsabilité.

Telle sera la conclusion de ce chapitre troisième de notre étude où nous avons vu : que, contrairement à l'idée d'auteurs, cependant nombreux et sérieux, le caractère de force majeure que présenteraient les faits de guerre est loin d'être nettement dégagé par la jurisprudence, ou énoncé, établi et sanctionné par le droit positif ; et que la doctrine traditionnelle de la force majeure, loin de justifier a priori l'irresponsabilité à raison des faits de guerre, pourrait au contraire, en certaines circonstances, aider à établir une théorie générale de responsabilité à raison de ces faits.

En un mot, ni la Jurisprudence, ni la doctrine, ni les lois, ne permettent d'affirmer avec certitude que la force majeure est le criterium et la base de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre.

(1) Lémonon. — « La seconde conférence de la paix ». — Voir aussi un très intéressant artcle de M. Jacques Dumas dans la revue générale de droit international public 1908, page 557 sur : Les sanctions du droit international d'après les conventions de la Haye de 1899 et 1907.

CHAPITRE IV.

Essai d'élaboration d'un système de la responsabilité de l'Etat a raison des faits de guerre. Conclusions.

Dans les chapitres qui précèdent nous avons vu comment les auteurs, s'efforçant d'expliquer et de justifier une jurisprudence presque aussi ancienne que l'organisation administrative qui nous régit, avaient distingué parmi les ravages résultant de la guerre : d'une part, les dommages volontaires et réfléchis faits en prévisions de la lutte et qui entraineraient responsabilité ; d'autre part, les dommages issus de la lutte ou des nécessités immédiates de la lutte, à raison desquels aucune action en indemnité n'était possible contre l'Etat. Les auteurs n'ont point donné de l'irresponsabilité existant à raison de cette seconde catégorie, une justification unique. Les uns, avons-nous vu, la cherchèrent dans le caractère gouvernemental du fait de guerre considéré comme acte de souveraineté : d'autres, examinant la nature de ces faits d'une façon plus étroite crurent la découvrir dans le caractère de force majeure qu'auraient présenté les actes dont ces dommages seraient résultés.

Il nous est apparu que la première explication, basée sur une théorie sans valeur juridique véritable, eut été d'autre part insuffisante pour servir de base au refus général et absolu de recours opposé à leur propos par la jurisprudence, tant à raison des mesures générales, que des actes d'exécution, tant devant la juridiction administrative que devant les tribunaux judiciaires.

Il est résulté de même, de l'examen que nous avons

fait de la notion de force majeure, que cette idée ne permettait point de conclure à l'irresponsabilité à raison des faits de guerre, car : encor que ces faits, se rattachent à la lutte, ils ne présentent point les caractères des résultats de cette force imprévue et irrésistible que la doctrine classique entend par cas de force majeure ou cas fortuits ; car, en second lieu, les faits de guerre en tant qu'ils sont conformes aux lois de la guerre, malgré leur caractère dommageable, ne sont point de ces faits fautifs dont la force majeure peut atténuer la responsabilité.

Nous sommes donc amenés à constater que, des notions proposées par la doctrine comme fondement de la jurisprudence aucune n'est satisfaisante.

Mais alors sur quoi donc reposent les solutions pourtant si nombreuses de la jurisprudence qui refusent aux victimes des faits de guerre « tout droit à indemnité par la voie contentieuse » ?

Nous avons cherché la réponse à cette question et nous n'en avons pas trouvé de suffisante. Il nous est seulement apparu *une explication* tirée de l'observation des idées qui dominaient la question de la responsabilité de l'Etat au début du XIX^e^ siècle, explication maintenant caduque par suite de la notable évolution de l'opinion doctrinale relative à cette matière durant ces dernières années.

L'irresponsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre nous semble n'être qu'une des modalités de l'irresponsabilité générale qui couvrait, à l'origine, l'exercice de toutes les attributions de la puissance publique. Alors l'irresponsabilité était, avons-nous vu, la règle. Il fallait une disposition formelle de la loi pour que le droit à indemnité fut reconnu. Si l'on veut bien se reporter à la jurisprudence première relative aux fatts de guerre, c'est-à-dire à celle qui s'établit lors des réclamations causées par les pertes résultant des invasions de 1814 et de 1815, on verra, en effet, que c'est sur

la seule absence de texte que raisonnablement peuvent se fonder les solutions admises. On constatera en effet que seules donnaient, à cette époque, ouverture à une action en indemnité contre l'Etat : les réquisitions exercées par les autorités françaises pour l'entretien et la nourriture de l'armée nationale, et les pertes ou préjudices causés par la mise en état de défense des places de guerre antérieurement à l'état de siège. C'étaient en effet les seules hypothèses prévues par les textes. Encor devons-nous faire remarquer, relativement aux réquisitiens que la législation alors en vigueur ne prévoyait l'indemnité que sur des fonds spéciaux et seulement jusqu'à concurrence de ces fonds.

Quant aux autres dommages, c'est-à-dire tous ceux à raison desquels la responsabilité n'avait pas été établie par un texte spécial, ils étaient soumis au *droit commun de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes de la puissance publique.* Point n'était besoin de distinctions, inspirées de la théorie de Vattel, entre mesures volontaires et préventives ou résultant des nécessités immédiates de la lutte. Pas de texte, pas d'indemnité (1).

Mais à la suite de l'abandon par le pouvoir exécutif du principe de la justice retenue et de la reconnaissance, en 1849 d'abord, puis définitivement en 1872, d'un pouvoir propre au Conseil d'Etat, le contentieux administratif se développa de façon singulière. Il s'étendit aux actes de puissance publique, nous l'avons vu. C'est alors que pour « faire la part du feu » selon l'expression de M. Hauriou, on imagina la théorie des actes de gouvernement, à laquelle on rattachait l'irresponsabilité à raison des faits

(1) cf. 26 mars 1823 (Glairet) S. 7. 2. 188 et la note qui dit que, en dépit de la loi du 30 mars 1831 relative à l'expropriation et à l'occupation temporaire, en cas d'urgence, des propriétés privées nécessaires aux travaux des fortifications : « La solution ci-dessus n'en conserve pas moins sa valeur, même aujourd'hui, en ce qu'elle consacre cette règle que hors les cas déterminés par la loi, les faits ordinaires de guerre ne donnent lieu à aucune indemnité. »

de guerre. Puis lorsque cetthe théorie fut atteinte par les critiques irrésistîbles de MM. Michoud, Brémond et autres, ce fut l'idée de force majeure qu'on invoqua.

Telle est la courbe, (pourrait-on dire) suivie par l'idée d'irresponsabilté à raison des faits de guerre. Le point de départ était concevable, l'aboutissant ne peut se soutenir, car la divergence de cette doctrine est trop considérable, par rapport à l'évolution logique de l'idée générale de responsabilité de l'Etat.

L'irresponsabilité à raison des faits de guerre fut maintenue en 1870, nous l'avons vu, pour des raisons d'intérêt pratique, pour l'avantage financier de l'Etat. M. Michoud (1) le reconnait. « Je sais bien, dit-il, que cette idée (le fait de guerre cas de force majeure) est contestable en théorie » et s'il se décide malgré cela à l'admettre c'est qu'il considère que l'admission d'un droit à indemnité serait « un principe fort dangereux » et dont les conséquences seraient « impraticables ».

C'est le contraire de cette opinion de M. Michoud que, croyons-nous, nous sommes à même d'établir. Car il nous semble que, étant donné l'insuffisance des bases données au principe de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre, il nous est permis de poser la question de la responsabilité à raison de ces faits. Nous croyons pouvoir démontrer qu'elle répond à la tendance moderne vers l'extension de la responsabilité, et que le fait de guerre présente les éléments suffisants pour que l'on puisse lui appliquer certains des principes, posés par la jurisprudence et dégagés par les auteurs, pour la Responsabilité de l'Etat.

Au cours de l'introduction que nous avons placée en tête de notre travail, nous avons aperçu le chemin parcouru par la doctrine et la jurisprudence dans le sens de l'extension de la Responsabilité.

(1) Michoud, op. cit. p. 324. Note (1)

Aujourd'hui il est possible de dire que tout fait dommageable résultant de l'activité de la puissance publique peut, en certaines circonstances données, engager la responsabilité de l'Etat. Il en est ainsi en cas de fonctionnement illégal ou irrégulier des services gérés par la puissance publique. Il en est encore ainsi en cas de fonctionnement, même légal, des services publics, pour peu que ce fonctionnement ait occasionné, selon les uns un préjudice anormal aux dépens d'un particulier, selon d'autres un enrichissement sans cause, même en moins dépensant, au profit de l'Etat. Il en est aussi de même lorsqu'il y a atteinte au droit de propriété.

Il nous suffit donc de prouver : que la tendance à la responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre est conforme à la transformation des principes généraux de la responsabilité de l'Etat ; et, que l'application de certains de ces principes aux faits qui nous occupent, est chose juridiquement soutenable.

Tout d'abord la tendance à la Responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre est conforme aux indications de l'évolution des principes généraux de la matière. Nous ne reviendrons pas sur cette constatation qui se dégage d'elle-même : et de l'étude des principes généraux de la responsabilité de l'Etat ; et de l'examen, auquel nous nous sommes livré, des raisons spéciales mises en avant par les partisans de l'irresponsabilité pour prouver que les faits de guerre devraient être soustraits à l'application de ces principes généraux. Il serait, en effet, incompréhensible, à notre avis, — alors qu'il est prouvé que la guerre ne rend les dommages qui en résultent : ni actes de gouvernement, ni cas de force majeure ; — que la jurisprudence, approuvée et fixée ensuite par la loi, admette la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par l'exécution des manœuvres et travaux tendant à la *préparation éloignée* de la guerre, parce que ces dommages résultent du fonctionnement de services

publics, alors qu'ils peuvent parfaitement être inutiles à la défense du pays ; tandis que l'exécution effective des services publics de défense nationale, là, où se manifesterait leur raison d'être et leur utilité, n'entraînerait ouverture d'aucun droit à aucune indemnité.

Les dommages résultant des mesures préparatoires seraient source de responsabilité à cause de leur utilité éventuelle, au contraire les dommages dont l'utilité serait évidemment actuelle, fourniraient l'occasion de proclamer l'irresponsabilité! Singulière conception, injuste et partant inadmissible.

Dans un pays voisin du nôtre où le droit commun de la responsabilité se trouve dans la règle que « l'Etat est tenu d'indemniser celui qui est dans la nécessité de sacrifier à l'intérêt de la communauté ses droits et avantages particuliers. » « En Prusse longtemps après 1815, dit M. Otto Mayer, (1) on souffrait des dommages causés par les guerres napoléoniennes, les intéressés faisant flèche de tout bois, cherchaient à obtenir des indemnités de l'Etat qui lui-même était appauvri ». La situation était donc bien la même qu'en France. Les tribunaux prussiens, se basant sur le texte que nous avons rapporté « ou même, dit M. Mayer, en vertu des principes généraux du droit civil sur le dommage causé par un fait illicite », déclarèrent l'Etat responsable et il ne fallut rien moins qu'une « explication rédigée pour les tribunaux par le Conseil des Ministres » pour faire changer la Jurisprudence. Certains auteurs allemands, entre autres Auschütz, considèrent cette intervention comme une révolution de la législation eu cette matière. Nous croyons que, ces auteurs sont dans la vérité, contrairement à l'opinion de M. Mayer qui y voit une conséquence de la nature d'acte de souveraineté présentée par les faits de guerre, opinion dont nous avons

(1) Otto Mayer : Le droit administratif allemand. Edition française T. III, p. 242, Note 2.

vu l'erreur à la suite de l'examen de la théorie des actes du gouvernement.

En France, la même responsabilité doit découler de l'extension des principes de la responsabilité de l'Etat, c'est l'opinion de M. Duguit (1) qui est convaincu que « là aussi, dans un avenir prochain, on reconnaîtra la responsabilité de l'Etat ».

Le « Tribunal de l'opinion publique » auquel M. Le Courtois (2) donne compétence pour connaître des actes de gouvernement a d'ailleurs, dans l'hypothèse qui nous occupe, rendu ses jugements en ce sens, et des aspirations de cette opinion est issu, dans le but de trancher certaines discussions doctrinales, un projet de loi actuellement déposé devant les Chambres par M. Louis Marin député de Nancy (3) et, « tendant à réglementer la réparation de certains dommages matériels provenant de faits de guerre continentale ou de l'occupation du territoire par une armée ennemie et éprouvés par des particuliers, sociétés, associations, établissements publics ou d'utilité publique, par des départements, communes ou autres collectivités françaises. » Et dans l'exposé des motifs de cette proposition de loi, M. Marin note la connexion très étroite qui existe entre la question de l'indemnité à raison des dommages pour faits de guerre et celle des principes généraux de la responsabilité de l'Etat qu'il résume dans la règle de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques dégagée par M. Teissier.

Cette règle entraîne comme conséquence logique la responsabilité à raison de tous les dommages causés par les faits de guerre qui sont incontestablement des charges publiques, et c'est l'opinion où nous étions il y a quelques mois de la valeur juridique de cette règle, qui nous a

(1) Duguit : Traité de Droit Constitutionnel. Tome I, 259 et 260.
(2) Le Courtois, op. cit. p. 134.
(3) Annexe au procès-verbal de la séance du 9 juin 1910.

poussé à étudier la question de la responsabilité à raison des faits de guerre. L'étude des théories générales relatives à la responsabilité de l'Etat, à laquelle, sans idées préconçue, nous nous sommes livré, pour la réalisation de l'introduction de notre travail, nous a montré que nous nous étions exagéré la valeur juridique de la théorie.

Nous n'avons cependant pas renoncé à notre projet, car il nous est apparu que : si, d'une part, par sa force expansive illimitée, le principe de l'Egalité devant les charges était dangereux en pratique, si ses auteurs, Messieurs Teissier et Tirard s'étaient quelque peu illusionné sur la portée des textes qu'ils invoquaient ; d'autre part, les faits de guerre, qui ne sont ni des actes de gouvernement, ni des cas de force majeure, peuvent se voir appliquer les principes que la jurisprudence administrative a posés et que M. Hauriou, encor que sa théorie mérite quelques critiques, (mais quelle est donc la théorie sans reproches) a dégagés de façon si réaliste et formulés sous un aspect si juridique.

Nous pensons en effet que les dommages résultant des faits de guerre peuvent se répartir entre deux théories spéciales, qui sont relatives à la responsabilité de l'Etat : la théorie de l'atteinte au droit de propriété et celle des dommages causés sans faute.

I. — Atteintes au droit de propriété ou voies de fait.

M. Hauriou (1) voit dans les atteintes illégales au droit de propriété, des voies de fait qui rendent l'Etat responsable des dommages qui en résultent. Nous avons eu l'occasion de faire allusion à cette théorie lors de notre étude de la doctrine relative aux actes de gouvernement et nous avons cité des exemples de cas, très fréquents, au

(1) Hauriou, op. cit. 7e édit. p. 90.

cours d'une guerre où le droit de propriété était atteint. cas que nous prenions dans les circonstances de fait des dommages visés dans les arrêts. Ex : Dassy (15 Mars 1824) — Glairet (26 Mars 1823) — De Pomereu (1er Mai 1873) — Pesty-Rémond (9 mai 1873, etc...

Nous prétendons maintenant qu'à raison de ces atteintes, les conclusions de la théorie de la voie de fait sont applicables, car, dit M. Hauriou « pour la réalisation de son but, elle (la puissance publique) ne peut pas employer toute sorte de moyens, mais seulement les moyens qui lui ont été reconnus comme des prérogatives et comme des droits », et « d'un autre côté, pour exercer les pouvoirs légaux de l'administration, la puissance publique est tenue d'observer des procédures légales et si elle exerce des pouvoirs mêmes légaux, en dehors de toute espèce de procédure ou avec des procédures qui ne soient pas reconnues être à son service. c'est comme si elle agissait sans pouvoirs légaux. »

Il est un principe de notre droit public, affirmé par toutes les constitutions modernes c'est « l'inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice. » (1)Cette disposition est reproduite en des termes semblables par l'article 545 du code civil qui dit : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Or donc, toute dépossession irrégulière, définitive ou temporaire, d'un objet de propriété donne à celui qui en est victime une action en responsabilité contre l'auteur de cette dépossession, de cette voie de fait si c'est la puissance publique. Et, pour nous, si l'urgente nécessité, si les lois de la guerre, permettent aux armées d'occuper, de prendre et de détruire sans formalités ni indemnités

(1) Constitution du 14 septembre 1791. Titre premier, alinéa 8.

préalables, il ne s'en suit pas du tout. étant donné que cette possibilité est exceptionnelle, que *postérieusement* l'Etat ne devra point se soumettre à la règle générale de l'indemnité pour atteinte au droit de propriété.

Et M. Hauriou reconnait (1) que la question se poserait véritablement en cas « de faits de guerre et lorsque la propriété a été totalement détruite, comme dans l'hypothèse où des ballots de laine avaient été mis sur des épaulements pour amortir les projectiles (Conseil d'Etat 8 août 1873, Faglin). » Si la question lui parait assez douteuse en l'espèce, c'est que, pour lui, les faits de guerre sont « des actes de gouvernement indiscutables » Nous avons vu ce qu'il fallait penser de cet empêchement. Rien ne nous interdit donc de conclure que : lorsque les faits de guerre auront occasionné une dépossession proprement dite. la théorie de la voie de fait ou de l'atteinte au droit de propriété devenant applicable, il y aura lieu de proclamer *la Responsabilité de l'Etat.*

II. — Simples dommages

Ici devra s'appliquer la théorie de la responsabilité à raison des dommages causès sans faute. Nous posons en effet comme admis qu'il n'y a aucune faute de la puissance publique dans le fait d'avoir entrepris la guerre, ni dans la manière dont elle en a poursuivi la réalisation. Comme le remarque M. Hauriou il y a dans cette règle une forte part de présomption, mais cette présomption est pratiquement nécessaire. Nous pouvons en effet reprendre à notre compte l'idée que développait le général de Gündell délégué militaire d'Allemagne à la seconde conférence de la Haye, justifiant la création d'une responsabilité en dehors de l'idée de faute, à raison des actes

(1) Hauriou, op. cit. 7e édit. p. 91 et 92 en note.

contraires aux lois de la guerre, par le texte qu'il proposait : « Le cas le plus fréquent sera celui où aucune négligence n'est à la charge du gouvernement lui-même. Si dans ce cas les personnes lésées par suite d'une contravention au réglement sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, ne pouvaient demander une réparation au gouvernement et qu'elles fussent obligées à se retourner contre l'officier ou le soldat coupable, elles seraient dans la majorité des cas, destituées de la faculté d'obtenir l'indemnisation qui leur est due. Nous pensons donc que la responsabilité pour tout acte illicite, commis en contravention du règlement sur les lois et coutumes de la guerre, par les personnes faisant partie de la force armée, doit incomber aux gouvernements dont elles relèvent .»(1)

Pour que la théorie de la responsabilite sans faute s'applique, M. Hauriou, (2) demande que le dommage soit « pratiquement inévitable », occasionne un enrichissement sans cause du patrimoine administratif, et soit : anormal par son importance, exceptionnel par sa nature ou la nature de l'opération dont il résulte — portant atteinte à un droit — et soit spécial à quelques-uns.

Il nous apparaît que les faits de guerre, lorsqu'ils ne constituent pas une atteinte caractérisée au droit de propriété, présentent en général ces caractères :

a) Le dommage causé par le fait de guerre, s'il peut être théoriquement évitable, rentre dans la catégorie des dommages pratiquement inévitables et, dés lors, constitue un dommage causé sans faute.

La déclaration de guerre a été lancée ou reçue ; l'état de guerre est un fait. Qu'on le veuille ou non, dès cet instant l'ennemi peut se présenter et pratiquement, si l'on veut vaincre, il faut le combattre. Et c'est précisément l'évidence de cette impossibilité pratique d'éviter

(1) Cf. Lémonon : La seconde conférence de la paix.

(2) Hauriou, op. cit. 7e édit. p. 480 et suivantes.

le dommage, qui, exagérée quelque peu par les auteurs, nous semble avoir été le point de départ de leur opinion que le fait de guerre constitue un cas de force majeure. Pour restreindre les dommages de la guerre au minimum, il faudrait consentir, en pratique, à des pertes considérables de temps, d'hommes, de munitions et d'argent. Sans attaque de vive force, par exemple, sans bombardement pour la préparer, le siège d'une ville de guerre ou d'une position stratégique serait beaucoup plus long, et exigerait l'immobilisation d'un plus grand nombre de troupes pour réaliser un investissement complet. De même si, en rase campagne, on voulait absolument ne pas exposer les villages ou les plantations importantes, la lutte serait pratiquement impossible.

Le dommage issu des faits de guerre peut donc être à juste titre rangé dans la catégorie des dommages pratiquement inévitables.

b/ D'un autre côté il nous apparait que si ce dommage causé sur les ordres des autorités militaires dans la réalisation d'une attaque ou d'une défense, n'est point compensé par une indemnité, il en résulte à proprement parler, pour reprendre l'expression même de M. Hauriou un enrichissement sans cause du patrimoine administratif et un enrichissement en moins dépensant. La défense nationale est un des services publics les plus importants qui puissent toucher à la gestion du patrimoine administratif, car si parfois la mise en œuvre des moyens d'action formidables dont elle dispose peut contribuer à son augmentation, toujours *elle constitue une opération de conservation* de ce patrimoine qui comprend non seulement de l'argent liquide, mais encore des droits de créance résultant des impôts et autres prestations dont les habitants des territoires convoités par l'ennemi ou envahis par lui sont débiteurs. Toute lutte qui a pour objet d'acquérir ou de conserver les droits de souveraineté sur une portion de territoire concerne le patrimoine de la nation et

les dommages qui en résultent doivent être considérés comme rentrant dans la catégorie des frais qui ont été engagés pour faire entrer ou pour conserver une valeur dans ce patrimoine national.

Il est de droit naturel, et de nombreuses dispositions de droit positif l'ont consacré en d'importantes hypothèses, que ceux qui ont supporté les frais, ou une part des frais, faits dans l'intérêt de la conservation d'une chose doivent être indemnisés. Il y aurait sans cela enrichissement sans cause, en moins dépensant, au profit du patrimoine dont font partie certains droits sur le bien ou la chose conservée.

C'est cette idée qu'en droit Romain nous voyons réalisée dans « lex Rhodia de jactu » et qui s'est transmise à travers les législations diverses jusqu'au code de commerce (articles 410 et suivants). C'est encore en vertu de cette idée que le droit Romain reconnaissait à ceux qui avaient contribué à réparer, conserver ou reconstruire, soit une maison, soit un navire, non seulement un droit de créance ordinaire, mais un « privilegium inter personales actiones » (1). C'est le même principe qui présida à l'octroi par l'acticle 2102 § 3 du Code Civil, d'un privilège spécial sur les meubles pour le recouvrement des frais faits pour la conservation de la chose.

Si doncpar suite de la guerre, qui a pour but et pour effet non seulement l'honneur de l'armée et de la patrie, mais la conservation du territoire et des droits patrimoniaux de la nation, des dommages sont causés à des particuliers, ces dommages doivent donner lieu à une indemnité. Et si l'Etat ne s'exécute point de bonne grâce, la logique juridique doit pousser à conclure à l'existence, au profit du particulier lésé, d'une action en dommages-intérêts basée sur un enrichissement sans cause du

(1) — Voir au digeste. Livre XLII Titre V. « De rébus auctoritate judicis possidentis » Loi 24 § 1 et loi 26

patrimoine de la nation, qui, servant à l'administration des services publics, est appelé aussi patrimoine administratif.

Telle est donc la base qu'à notre avis, subsidiairement à la théorie, de l'atteinte au droit de propriété, nous mettons à l'idée de responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre.

Quant aux autres conditions que M. Hauriou met à à l'admission de la responsabilité sans faute, il est de toute évidence qu'elles sont réalisées dans les principaux cas de faits de guerre que nous a montré la jurisprudence, et que si par hasard se présentait un dommage issu de la guerre qui ne dépasse pas par son importance les gênes de la vie en société, les accidents ordinaires de la vie civile, qui ne porte atteinte à aucun droit et soit commun à tous les citoyens, ce dommage s'il pouvait exister, serait si minime que dénier, à celui qui en serait victime, le droit à indemnité, ne pourrait être une injustice. L'intérêt que présenterait pareille action serait tellement infime qu'on pourrait pratiquement le considérer comme inexistant.

CONCLUSION

Pour résumer les divers chapitres de cette étude nous dirons que : Etant donnée la tendance évidente et continue de la jurisprudence et de la doctrine administrative vers une admission toujours plus large de la responsabilité de l'Etat ; — étant admis que la théorie très contestable des actes de gouvernement ne peut suffire à établir le bien-fondé de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre, ayant constaté que ces faits ne présentent point les caractères généraux que la doctrine tradition-

nelle voit dans les cas de force majeure, et que d'ailleurs cette notion de force majeure serait insuffisante pour expliquer l'irresponsabilité en une hypothèse où il ne peut être question que de responsabilité sans faute — nous concluons que la théorie spéciale de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre dont l'origine remonte à l'idée primitive d'irresponsabilité générale de la puissance publique, doit suivre la même évolution que le principe dont elle est issue et *faire place à l'idée de responsabilité à raison des dommages résultant de la guerre.*

L'Etat, suivant nous, sera donc responsable : (1)

(1) Dans cette thèse, nous nous sommes borné à l'étude de la question du fondement de la responsabilité de l'Etat français à raison des faits de guerre. Nous avons craint, en effet, que l'étude très intéressante, d'ailleurs, des questions relatives à la mise en œuvre de ce principe ne nous fît sortir des limites qui s'imposent à un ouvrage tel que celui-ci. Toutefois, il nous semble bon d'énoncer brièvement quelques idées dont nous pensons qu'il faudrait tenir compte dans cette étude.

Il nous semble que tout d'abord, on devrait distinguer selon que le fait dommageable s'est produit en territoire français ou en pays ennemi. Il serait peut-être bon, aussi, dans chacune de ces hypothèses, d'établir des sous-distinctions d'après la nationalité de la victime : selon qu'elle serait française, neutre ou ennemie.

Dans l'hypothèse d'un dommage causé en territoire français à un sujet français, il y aurait lieu d'appliquer les principes que nous venons de dégager et, dans ces limites, d'admettre la responsabilité de l'Etat. Toutefois, en cas de dommage résultant d'un fait de guerre illicite commis par l'ennemi, et tombant sous le coup de l'article 3 de la convention de la Haye du 18 Octobre 1907, si la victime n'avait point fait les diligences nécessaires pour mettre le gouvernement à même de faire valoir ses réclamations lors de la conclusion du traité de paix, l'Etat français pourrait à notre avis, refuser l'indemnité. La victime, en effet, aurait commis une faute en n'agissant point en temps opportun, et en ne fournissant pas à son gouvernement les renseignements nécessaires pour l'obtention d'une indemnité.

Quant au sujet neutre, établi sur le territoire français et, dont les biens auraient été endommagés à la suite d'un fait de guerre, nous inclinons à penser que l'indemnité devrait être accordée dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un français. Il est admis en droit international que le belligérant n'est pas plus tenu de ménager la propriété des neutres que celle des habitants du pays. (Bonfils et Fauchille. Droit international. N° 1489. — P. Fiore. France judiciaire, 1885-86. p. 196) Puisque le sort des nationaux et des neutres se trouve le même devant les charges, il est juste qu'il en soit

1° — *Toutes les fois qu'une loi spéciale aura édicté la responsabilité comme pour les dommages causés par les travaux de défense des places fortes* (loi du 8-10 juil. 1791) ou ceux causés par les *réquisitions militaires françaises*»

de même en face de l'indemnité. C'est d'ailleurs la solution qui fut adoptée en France, après 1870, lors de la répartition des secours accordés par les lois de dédommagement.

La question est plus douteuse en ce qui concerne les dommages causés en territoire français aux biens appartenant à un sujet ennemi.

On peut, en effet, considérant seulement le fait qu'un étranger résidant en France a subi un dommage par suite d'actes de guerre, admettre le droit à indemnité. Cette solution serait assez en harmonie avec l'idée moderne que la guerre est un rapport d'Etat à Etat, non de particulier à particulier. Mais il faut noter que cette idée n'est, en général, pas admise des juristes anglais (Conf. Mérignhac. Traité de droit public international. Tome III pages 11 et suivantes.) et que d'autre part dans la réalité l'hostilité se manifeste plus ou moins activement, mais cependant certaine, de particulier à particulier. On peut donc aussi soutenir que l'ennemi résidant en France n'a droit à aucune indemnité. Tout dépendra du point de vue auquel on se placera pour considérer la guerre.

Toutefois, quelque soit la solution donnée à la controverse, le gouvernement français devra indemniser, selon les règles prévues par la convention de la Haye, le sujet ennemi qui aurait eu à subir, du fait de personnes appartenant à l'armée française, des dommages résultant d'actes contraires aux lois de la guerre.

Passons maintenant à la seconde hypothèse d'un dommage issu d'un fait de guerre, causé par l'armée française, en territoire ennemi:

1° — La victime est un sujet français. — Ici nous appliquerons encore notre principe de la responsabilité, nous basant, en cela, sur ce que la jurisprudence a toujours, en ce cas, appliqué la même solution qu'aux dommages survenus en territoire français. (Conf. C. D. E. 21 Juin 1895 (Roque) Leb. p. 504 — 20 Mai 1904 (Consorts Resal) Leb. p. 422 — 5 Août 1904 (Dame Ravero) Leb. p. 662)

2°. — Pour ce qui est du dommage causé aux biens d'un sujet neutre, par l'armée française agissant en territoire ennemi. — Nous conclurons aussi au droit à indemnité. Cette conclusion s'impose : à propos des dommages résultant de faits de guerre illicites, en vertu de l'article 3 de la convention de la Haye; — à propos des dommages permis par les lois de la guerre, en vertu de l'extension aux neutres de nos principes de responsabilité. En faveur de cette solution, nous invoquerons, d'ailleurs, l'exemple du gouvernement allemand qui, après 1870, se reconnut débiteur, envers l'Angleterre, d'une indemnité à cause du fait que ses troupes, pour fermer aux canonnières françaises l'embouchure de la Seine, y avait fait échouer des vaisseaux appartenant à des nationaux anglais.

3° — Quant au dommage causé à la propriété ennemie en territoire ennemi, il ne doit, pensons-nous entrainer d'indemnité que dans le cas prévu par l'article 3 de la convention de la Haye.

(loi des 3 juillet 1877 — 5 mars 1890 — 17 juillet 1898 — 17 avril 1901 — 27 mars 1906 — 23 juillet 1911 — Décrets des 2 août 1877 — 23 novembre 1886 — 3 juin 1890 — 8 mai 1900 — 28 août 1907 et 25 juillet 1912).

2° — En cas de *dépossession définitive ou temporaire d'un objet de propriété, par application de la théorie juridique de la voie de fait ou de l'atteinte au droit de propriété.*

3° — Dans tous les cas où un dommage résultant de la guerre *aura eu pour but et pour effet l'acquisition ou la conservation à la nation française d'une partie du territoire.*

On nous objectera comme l'ont fait de nombreux auteurs et notamment M. Michoud (1) que ce principe est fort dangereux et que l'on peut du reste considérer comme tout à fait impraticables les conséquences auxquelles il conduirait.

A ceci nous répondrons que : à l'impossible nul n'est tenu, cela est vrai, mais qu'il est loin, quoiqu'on en dise, d'être prouvé que l'application de ce principe aboutirait des conséquences impraticables.

Au cours des débats qui ont précédé le vote de la loi de dédommagement du 6 septembre 1871, le rapporteur, M. Albert Grévy et d'autres orateurs (2) s'appuyant sur une enquête officielle ordonnée par le gouvernement dès la fin de la guerre, évaluaient les dommages résultant de la lutte à environ 600 millions ; M. Thiers contesta ce chiffre et, y ajoutant divers dommages, arriva au total d'un milliard approximativement.

La somme est certes très considérable, mais même après une guerre désastreuse, après les exigences ruineuses de l'ennemi, l'évènement a prouvé qu'il n'était

(1) — Michoud op. cit p. 324.
(2) — Officiel du 5 août 1871 page 2453 et suivantes.

point impossible à la France de trouver de l'argent pour solder des obligations aussi sacrées, puisque l'emprunt national qui suivit nos désastres fut jusqu'à 42 fois couvert par l'épargne (1).

Les difficultés de la pratique n'inspirèrent point d'ailleurs ces scrupules à la Jurisprudence en face des réclamations formées par les particuliers qui avaient supporté les réquisitions ou contributions de guerre de l'ennemi. Nous avons vu. en effet, qu'elle voyait en cela des charges collectives qui devaient être mises à la charge des départements ou des communes. Et cependant la charge était tellement lourde qu'aujourd'hui encore, 42 ans après ces désastres il est des communes telles que Pont-à-Mousson et Champey qui n'ont pu se libérer complètement. Pourquoi deux poids et deux mesures.

A notre avis, cherchée du point de vue juridique, la solution doit s'inspirer plus de la justice que des difficultés pratiques, aussi concluons-nous sans crainte en faveur de la responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre selon les principes et dans les limites que nous venons d'établir.

Vu : Nancy, 10 avril 1913
Le Président de la thèse,
L. ROLLAND.

Vu : *le Doyen,*
Nancy, 14 avril 1913.
E. BINET.

Vu et permis d'imrrimer :
Nancy, le 18 avril 1913
Le Recteur de l'Académie,
Ch. ADAM.
Correspondant de l'Institut.

(1) — Lieutenant Colonel Rousset : Histoire populaire de la guerre de 1870-1871. livre VI, Le traité de Paix.

TABLE DES MATIERES

Pages

PRÉFACE. 1

INTRODUCTION. — **Exposé sommaire et critique de la tendance jurisprudentielle et des essais doctrinaux en matière de responsabilité de l'Etat.** . 7

I. — Jurisprudence 8

II. — Doctrine 13

Conclusion 36

La Responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par les faits de guerre

GÉNÉRALITÉ. 41

CHAPITRE I. — **Historique des solutions données au problème durant le XIX^e^ siècle**

I. — Jurisprudence 50

II. — Doctrine. 61

CHAPITRE II. — **Les faits de guerre constituent-ils des actes de gouvernement ?** 71

I. — Origine de la théorie des actes de gouvernement 73

II. — Exposé des diverses opinions : { affirmatives. 75 ; { négatives . 87

III. — Portée qu'auraient les théories affirmatives, quant à la responsabilité à raison des faits de guerre, si elles étaient vérifiées 95

CHAPITRE III. — I. — **Le fait de guerre est-il un cas de force majeure ?** 111

II. — Critique de cette opinion. 122

III. — Etude des textes spéciaux invoqués en sa faveur

CHAPITRE IV. — **Essai d'élaboration d'un système de la Responsabilité de l'Etat à raison des faits de guerre** . . . 151

Conclusions 164

VERDUN. — Librairie E. HUGUET, Rue Mazel, 54.